

Die objektive Schiedsfähigkeit im  
Zusammenhang mit der Gültigkeit der  
Schiedsvereinbarung (anwendbares Recht)  
und mit der Vollstreckung (Ordre public)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

JUNO NUBER  
von Bertschikon ZH

genehmigt auf Antrag von  
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1986



Die objektive Schiedsfähigkeit im  
Zusammenhang mit der Gültigkeit der  
Schiedsvereinbarung (anwendbares Recht)  
und mit der Vollstreckung (Ordre public)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

JUNO NUBER  
von Bertschikon ZH

genehmigt auf Antrag von  
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 28. Mai 1986

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Solvia

## V O R W O R T

Wie man aus dem Titel und der Disziplin der vorliegenden Arbeit entnehmen kann, hatte der Verfasser dieser Arbeit vorwiegend mit zwei Problemen, einem theoretischen und einem praktischen, zu kämpfen:

Einerseits mit der Inhalts- und Funktionsbestimmung des überaus abstrakten und unberechenbaren Begriffes des *ordre public* im Zusammenhang mit der Arbitrabilität, andererseits mit der Materialbeschaffung, welche im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit besondere Mühe bereitet. Beides wäre ohne die Mithilfe der Herren Professoren Dr. H.U. Walder-Bohner, Dr. A. Heini und Dr. W. Schluep kaum zu bewältigen gewesen. Dafür möchte ich diesen Professoren herzlich danken.

Daneben bedurfte es seitens meiner lieben Frau auch oft eines besonderen Ausmasses an Verständnis, Geduld und Opferbereitschaft, damit die Arbeit zu Ende gebracht werden konnte. Dafür sei ihr an dieser Stelle gedankt.

Schliesslich musste auch die Reinschrift erfolgen, was Frau Zuber in flinker Arbeit bewerkstelligt hat. Auch ihr gebührt mein Dank.



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41507222\\_0022](https://archive.org/details/IA41507222_0022)

## I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

|                             |        |
|-----------------------------|--------|
| <u>Literaturverzeichnis</u> | V - IX |
|-----------------------------|--------|

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| <u>Zeitschriftenverzeichnis</u> | X |
|---------------------------------|---|

### 1. Kapitel

|                                                        |   |
|--------------------------------------------------------|---|
| SYSTEMATISCHE UND THEMATISCHE GRUNDLEGUNG DES PROBLEMS | 1 |
|--------------------------------------------------------|---|

|                                   |   |
|-----------------------------------|---|
| I. Einleitung und Problemstellung | 1 |
|-----------------------------------|---|

|                                                     |    |
|-----------------------------------------------------|----|
| II. Präzisierung und Einordnung der Problemstellung | 14 |
|-----------------------------------------------------|----|

### 2. Kapitel

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| LEITFAELLE AUS DER RECHTSPRECHUNG | 22 |
|-----------------------------------|----|

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| Leitfall I (konstruiertes Beispiel) | 22 |
|-------------------------------------|----|

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| Leitfall II (BGE 78 II 393 ff.) | 25 |
|---------------------------------|----|

|                                            |    |
|--------------------------------------------|----|
| Leitfall III (Audi-NSU c. Adelin Petit SA) | 28 |
|--------------------------------------------|----|

|                                            |    |
|--------------------------------------------|----|
| Leitfall IV (Scherk v. Alberto Culver Cp.) | 32 |
|--------------------------------------------|----|

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| Leitfall V (LIAMCO-Entscheid) | 36 |
|-------------------------------|----|

|                              |    |
|------------------------------|----|
| Leitfall VI (Fall Piersanti) | 39 |
|------------------------------|----|

### 3. Kapitel

|                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| DIE MATERIELLE GRUNDLAGE DER OBJEKTIVEN SCHIEDSFAEHIGKEIT<br>IM SCHWEIZERISCHEN RECHT | 42 |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                    |    |
|----------------------------------------------------|----|
| I. Die Rechtsnatur der objektiven Schiedsfähigkeit | 42 |
|----------------------------------------------------|----|

|                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Zur Schiedsvereinbarung und zur objektiven<br>Schiedsfähigkeit im allgemeinen | 42 |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|

|     |                                                                                      |    |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.  | Bundesrecht und kantonales Recht im Zusammenhang mit der objektiven Schiedsfähigkeit | 48 |
| 3.  | Die Grundlagen der objektiven Schiedsfähigkeit im materiellen Bundesrecht            | 50 |
| II. | Die Schranken der objektiven Schiedsfähigkeit im schweizerischen Recht               | 53 |
| 1.  | Vorbemerkungen                                                                       | 53 |
| 2.  | Die Bedeutung von Art. 19 Abs. 2 OR als Schranke für die objektive Schiedsfähigkeit  | 55 |
| 2.1 | Die Vertragsfreiheit                                                                 | 55 |
| 2.2 | "Unabänderliche Vorschriften" und öffentliche Ordnung                                | 57 |
| 2.3 | Oeffentliche Ordnung und kantonales Recht                                            | 65 |

#### 4. Kapitel

|                                                                               |                                                                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| DIE OBJEKTIVE SCHIEDSFAEHIGKEIT IN DER INTERNATIONALEN SCHIEDSGERICHTSBARKEIT |                                                                                                                                     | 68 |
| I.                                                                            | Ueberblick / Problemstellung / Methodisches                                                                                         | 68 |
| II.                                                                           | Grundlagen - Die Qualifikation der objektiven Schiedsfähigkeit / Kollisionsregeln                                                   | 72 |
| 1.                                                                            | Das Verhältnis der objektiven Schiedsfähigkeit zur Schiedsvereinbarung                                                              | 72 |
| 1.1                                                                           | Die materiellrechtliche Theorie für die Schiedsvereinbarung                                                                         | 73 |
| 1.2                                                                           | Die prozessrechtliche Theorie für die Schiedsvereinbarung und ihre Auswirkung auf die Anknüpfung der objektiven Schiedsvereinbarung | 76 |
| 1.3                                                                           | Kritische Würdigung der kollisionsrechtlichen Behandlung der objektiven Schiedsfähigkeit                                            | 79 |

|       |                                                                                                                                 |     |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.    | Der Anwendungsbereich des New Yorker Uebereinkommens (NYU)                                                                      | 83  |
| 3.    | Die Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit im New Yorker Uebereinkommen                                                     | 86  |
| 4.    | Praktische Probleme bei der Anwendung des New Yorker Uebereinkommens / Rechtsprechung / Zusammenfassung                         | 90  |
| 5.    | Das zur Bestimmung der materiellen Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung anwendbare Recht aus schweizerischer Sicht              | 102 |
| 5.1   | Vorbemerkung                                                                                                                    | 102 |
| 5.2   | Die schweizerische Kollisionsnorm für die Schiedsvereinbarung unter besonderer Berücksichtigung der objektiven Schiedsfähigkeit | 103 |
| 5.2.1 | Im Vollstreckungsverfahren                                                                                                      | 103 |
| 5.2.2 | Im Verfahren vor dem Einrederichter                                                                                             | 111 |
| III.  | Zusammenfassung und kritische Würdigung der geltenden Regelung                                                                  | 112 |
| IV.   | Exkurs: Die Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung                                                                              | 115 |

## 5. Kapitel

|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| STAATLICHE REGELUNGSINTERESSEN BEI DER UMSCHREIBUNG DER OBJEKTIVEN SCHIEDSFAEHIGKEIT UND IHRE DURCHSETZUNG MIT HILFE DES ORDRE PUBLIC | 117 |
| I. Vorbemerkungen                                                                                                                     | 117 |

|                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. Ordre public und objektive Schiedsfähigkeit                                                                                    | 119 |
| III. Tendenzen im internationalen Vergleich bei der<br>Anwendung des ordre public in der internationalen<br>Schiedsgerichtsbarkeit | 129 |
| 1. Würdigung der staatsvertraglichen Regelung<br>und Bedürfnisse des internationalen Handels                                       | 129 |
| 2. Tendenzen                                                                                                                       | 131 |
| IV. Rechtsanwendungsprobleme - Abkehr von der kumu-<br>lativen Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit                          | 143 |
| V. Materielles Sonderrecht oder Kollisionsnorm?                                                                                    | 151 |
| NACHTRAG                                                                                                                           | 156 |

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- ALTENMUELLER, R., Die schiedsrichterliche Entscheidung kartellrechtlicher Streitigkeiten, Tübingen 1973 (Juristische Studien der Universität Tübingen, Bd. 47).
- BAER, R., Kartellrecht und internationales Privatrecht, Karlsruhe 1965.
- BAERMANN, J., Schiedsfähigkeit, FS F. Weber, Berlin/New York 1975, S. 1 ff.
- BERTHEAU, Th., Das New Yorker Uebereinkommen von 1958, Diss. Zürich 1964 (Zit. Bertheau).
- de BERTI, Zur Schiedsfähigkeit im gewerblichen Rechtsschutz Italiens, Revue de l'Arbitrage 1977, S. 93 ff.
- BOTSCHAFT des Bundesrats zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 10. November 1982, BBl 1983 I 263, auch erschienen im Separatdruck EDMZ 82.072.
- BROGGINI, G., Ordine pubblico e norme imperative quale limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero, FS Schönenberger, Freiburg 1968, S. 93 ff.
- BUCHER, A., Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im IPR, Basel 1975.
- BUCHER, E., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979.
- CRENADES, B.M., Internationale Verträge über Technologietransfer, Revue de l'Arbitrage 1977, S. 72 ff.
- CROFF, C., The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is it still a Conflict of Laws Problem?, International Lawyer 1982, S. 613 ff.
- DOELLE, H., Internationales Privatrecht, Eine Einführung in seine Grundlagen, Karlsruhe 1972.
- FOUCHARD, Ph., L'Arbitrage commercial international, Paris 1965 (Zit. Fouchard).
- Les conflits des lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle, Revue de l'Arbitrage 1977, S. 63 ff.
- FRANCESCAKIS, Ph., Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire, Revue de l'Arbitrage 1974, S. 67 ff.
- Répertoire de droit international privé, Conflits de Lois (Bd. I), Paris 1968.
- FUELLEMANN-KUHN, V., Die Vorfrage im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1977.

- GENTINETTA, J., Die lex fori internationaler Handesschiedsgerichte, Bern 1973 (Zit: Gentinetta).
- GREMINGER, H.W., Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Winterthur 1958.
- GROSSFELD, B., Praxis des internationalen Privat- und Wirtschaftsrechts, Rechtsprobleme multinationaler Unternehmungen, Hamburg 1975 (rororo Taschenbuchverlag).
- GULDENER, M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979 (Zit: Guldener ZPR).
- Das Internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 (Zit: Guldener IZPR).
- HEBERLEIN, J., Zivilprozessuale Gerichtsstandsbestimmungen, Diss. Zürich 1970.
- van HECKE, G., Arbitrage et règles de concurrence, Revue de l'Arbitrage 1971, S. 191 ff.
- HEINI, A., Privat- oder "Gemein"-Interessen im IPR, ZSR 92 (1973) I, S. 381 ff.
- Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht, ZSR 100 (1982), S. 65 ff.
  - Strömungen im amerikanischen IPR, SJIR 1962, S. 61 ff.
- von HUELSEN, H.V., Die Gültigkeit von internationalen Schiedsgerichtsvereinbarungen, Berlin 1973 (Zit: v. Hülsen).
- JOERGES, Ch., Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts. Die "Governmental Interest Analysis" und die "Krise des internationalen Privatrechts", Tübingen/Berlin 1971 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 38).
- JUENGER, K./SAMTLEBEN, J., Forum shopping/forum fixing, Der Kampf ums Forum, Rabels Z 46 (1982), S. 708 ff.
- KEGEL, G., Internationales Privatrecht, 4. Auflage, München 1977.
- The Crisis of Conflict of Laws, Recueil des Cours 1964, Bd. II.
- KELLER, M./SIEHR, K., Einführung in die Eigenarten des internationalen Privatrechts, 2. Auflage, Zürich 1979.
- KLEIN, F.E., A propos de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse en matière d'arbitrage commercial, in FS der Schweizer Rechtsfakultäten zur 100-Jahrfeier des Bundesgerichts, Bern 1975, S. 487 ff.
- Zum Begriff des internationalen Schiedsverfahrens, in FS für den schweizerischen Juristentag, Basel 1963, S. 145 ff.
  - La convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, SJZ 57 (1961), S. 227 ff.
  - La convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Revue critique 1962, S. 621 ff.
  - Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, Basel 1955.

- KRONSTEIN, H., Das Recht der internationalen Kartelle, Berlin 1967.
- LALIVE, P., Tendances et méthodes en droit international privé, Recueils des Cours 1977, Bd. II.
- Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Revue de l'Arbitrage 1976, S. 155 ff.
- LEDOUX, R., L'arbitrage en matière de concession de vente, Revue de l'Arbitrage, 1978, S. 156 ff.
- LEW, J.D.M., la loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux, Le contrat économique international, Paris 1975.
- LOQUIN, E., L'amiable composition en droit comparé et international, Paris 1980.
- LORENZ, W., Die Beendigung von Vertriebsverträgen europäischer Produzenten mit Vertragshändlern in den Vereinigten Staaten von Amerika, FS für Kurt Lipstein, Heidelberg/Karlsruhe 1980, S. 157 ff.
- MANN, F.A., Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im IPR, FS Beitzke, Berlin/New York 1979, S. 607 ff.
- Eingriffsgesetze und IPR, FS E. Wahl, Heidelberg 1973, S. 139 ff.
- MEIER-HAYOZ, A., Einleitungsartikel zum ZGB (Vorlesungsskriptum), 3. Auflage, Zürich 1979.
- MEZGER, E., Zur Auslegung und Bewertung der Genfer Schiedsabkommen, Rabels Z 24 (1959), S. 222 ff.
- NIEDERMANN, M., Die ordre public-Klauseln in den Vollstreckungsverträgen des Bundes und den kantonalen Zivilprozessgesetzen, Diss. Zürich 1976.
- NOBEL, P., Privates Schiedsgerichtswesen und staatlicher Richter im "Wettbewerb", FS Meier-Hayoz, Zürich 1982, S. 247 ff.
- RENGGLI, P., Die Grenzen der Parteifreiheit im internationalen privatrechtlichen Schiedsverfahren, Diss. Bern 1955.
- RIGAUX, F., Droit international privé, Paris 1968.
- ROBERT, J., Arbitrage Civil et Commercial, Paris 1967.
- De la place de la loi dans l'arbitrage, Liber Amicorum for Martin Domke, Den Haag 1967.
  - Domaine ouvert à l'arbitrage dans le cadre du droit communautaire, Travaux du 2. congrès international de l'arbitrage, Revue de l'Arbitrage 1966, S. 23 ff.
- RUEDE, T./HADENFELDT, R., Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980 (Zit: Rüede/Hadenfeldt).
- SANDROCK, O., Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung, 2 Bde., Heidelberg 1980 (Zit: Kornmeider/Sandrock).

- SEGERATH, G., Die Teilverweisung im internationalen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1960.
- SEPPALA, F., French Domestic Arbitration Law, International Lawyer 1983, S. 756 ff.
- SCHLOSSER, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Bde., Tübingen 1975 (Zit: Schlosser I RZ .....).
- Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, in RIW 1982, S. 857 ff.
  - Schiedsgerichtsbarkeit und öffentlich-rechtlich beeinflusste Streitgegenstände, FS für A. Bülow, Köln/Berlin/Bonn/München 1981, S. 189 ff.
- SCHLUSSBERICHT der Expertenkommission zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Schweizer Studien zum internationalen Recht, Bd. 13, Zürich 1960.
- SCHNYDER, A., Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im Internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1981.
- SCHULTHEISS, H.C., Der verfahrensrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1981.
- SCHWAB, K.H., Schiedsgerichtsbarkeit (Kommentar), 3. Auflage, München 1979.
- SCHWEYER, A.B., Patentnichtigkeit und Patentverletzung und deren Beurteilung durch internationale Schiedsgerichte nach dem Recht der Schweiz, Deutschlands, Italiens und Frankreichs, Diss. München 1981.
- Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte zur Entscheidung über Fragen der Nichtigkeit und Verletzung von Patenten, GRUR International 1983, S. 149 ff.
- SIMITIS, K., Gute Sitte und ordre public, Marburg 1960.
- STAUFFER, W., Die Ueberprüfung ausländischen Rechts durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren, ZSR 1976 I, S. 496 ff.
- STEIN-JONAS (-SCHLOSSER), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Auflage, Tübingen 1977.
- STRAEULI, H./MESSMER, G., F., Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1982 (Zit: Sträuli/Messmer).
- von TUHR, A./PETER, H., Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Zürich 1979.
- VISCHER, F./von PLANTA, A., Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 1982 (Zit: Vischer/von Planta).
- Internationales Vertragsrecht, Bern 1962 (Zit: Vischer, Vertragsrecht).
- WALDER-BOHNER, H.U., Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 3. Auflage, Zürich 1983.
- Tafeln zum Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 1983.

WENGER, W./LALIVE, P., L'arbitrage international privé in: Colloque de 2 et 3 avril 1976, Mémoires publiées par la faculté de droit de Genève, Genf 1977 (Zit: Lalive, Colloque).

WIGET, F., Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung, Ein Beitrag zur Lehre vom unsittlichen Vertrag, Zürcher Diss., Aarau 1939.

YEARBOOK for Commercial Arbitration, Jahrbuch der Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Hrsg. International Council for Commercial Arbitration, Hrsg. P. Sanders, Bde I (1976) - VIII (1983).

## ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS

Für die vorliegende Arbeit wurden, nebst den einschlägigen Entscheidungssammlungen, noch nachfolgend aufgeführte Zeitschriften und Materialien verwendet. Die besondere Erwähnung erfolgt deshalb, weil diese Zeitschriften und Materialien für die wissenschaftliche, aber auch praktische Bearbeitung von Fragen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt von grossem Nutzen sind. Besonders sei hier das seit 1976 jährlich erscheinende Yearbook for Commercial Arbitration empfohlen, welches ein unentbehrliches Handwerkszeug für den mit Schiedsgerichtsfragen befassten Bearbeiter darstellt.

- Annuaire Français de Droit International
- Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (BGE)
- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Intern.)
- II Foro Italiano
- Journal des Tribunaux, Bruxelles
- Journal de Droit International (Clunet), Paris
- Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPrax), seit 1981
- Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Recht, Tübingen seit 1927 (Rabels Z)
- Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)
- Revue de l'Arbitrage, Paris
- Revue critique de Droit International Privé, Paris
- Recueil des Cours, Den Haag
- Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht (SchJIR), seit 1944
- Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ), Zürich
- Swiss Review of International Antitrust Law (Revue Suisse du Droit International de la Concurrence), seit 1977
- The International Lawyer
- Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)
- Yearbook for Commercial Arbitration (YCA), seit 1976

## 1. Kapitel

### Systematische und thematische Grundlegung des Problems

#### I. Einleitung

Ein zentrales Problem der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit hat durch einige neuere Entscheidungen im Anwendungsbereich des New Yorker Uebereinkommens von 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYU), dem beinahe 70 Staaten angehören,<sup>1)</sup> an praktischer Bedeutung zugenommen und bedarf der Klärung aus schweizerischer Sicht.

Im Mittelpunkt dieser Entscheidungen steht die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes. Schiedssprüche können von vornherein nur in bestimmten Gebieten des Zivilrechts rechtswirksam ergehen, denn die Staaten lassen eine Durchbrechung ihres Rechtspflegemonopols durch private Schiedsgerichte in der Regel nur dort zu, wo nicht überwiegend öffentliche Interessen ins Spiel kommen. Das Tätigkeitsgebiet für die Schiedsgerichtsbarkeit liegt naturgemäss dort, wo die Parteidisposition von den staatlichen Rechtsordnungen zugelassen wird. Wir stossen hier auf Parallelen im schweizerischen internationalen Privatrecht (Rechtswahl) und im schweizerischen Zivilprozessrecht (Dispositionsmaxime). Die rechtsvergleichende Darstellung ausgewählter Sachge-

1) siehe die Uebersicht in Jaeger/Walder, SchKG, Textausgabe, 1985, S. 734 ff., YCA 1985, S. 331 f.

bierte wird zeigen, dass der Kreis der schiedsfähigen Materien in den einzelnen staatlichen Rechtsordnungen z.T. sehr verschieden umschrieben wird, so dass bei der internationalen Rechtsverfolgung die beachtlichen Unterschiede voll zur Geltung kommen können, was sich für die Rechtsdurchsetzung sehr nachteilig auswirken kann.

Die Frage nach der Arbitrabilität des Streitgegenstandes tritt bei internationalen Schiedsverfahren<sup>2)</sup> immer im Zusammenhang mit der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung<sup>3)</sup> auf. Für die vorliegende Untersuchung kommt es begrifflich

- 2) Der Begriff der Internationalität des Schiedsverfahrens ist im Anwendungsbericht der internationalen Uebereinkommen uneinheitlich. Vgl. dazu ausführlich v. Hülßen, S. 24 ff.

Der "kleinste gemeinsame Nenner" für die Begriffsbestimmung der Internationalität eines Schiedsverfahrens ist die Tatsache, dass der Gegenstand des Schiedsgerichtsverfahrens oder das Schiedsverfahren selbst international-privatrechtliche bzw. international-zivilprozessrechtliche Beziehungen aufweist und sich somit die Frage der Rechtsanwendung stellt.

Vgl. im übrigen zum Begriff "internationales Schiedsverfahren" und "internationale Schiedsgerichtsbarkeit" Stein-Jonas (-Schlosser), § 1044 Anm I.; Fouchard, RZ 35 ff.; Schlosser I, RZ 27 ff.; Rüede/Hadenfeldt, S. 3; Lalive in Colloque, S. 60; Schlosser in RIW 1982, S. 857 ff.; F.E. Klein in FS zum schweizerischen Juristentag, Basel 1963.

- 3) Zur Terminologie: Im Einklang mit dem in neueren Uebereinkommen üblichen Sprachgebrauch ist "Schiedsvereinbarung" als Oberbegriff für den gesondert abgeschlossenen "Schiedsvertrag" (meistens abgeschlossen über eine bereits bestehende Streitigkeit) und die im Rahmen des Hauptvertrages vereinbarte "Schiedsklausel" (meist über zukünftige Streitigkeiten) zu verstehen (v. Hülßen, S. 10).

Zur gleichen schweizerischen Terminologie, M. Guldener, ZPR, S. 602; zur gleichen zürcherischen Terminologie, Sträuli/Messmer § 238 N 1.

Vgl. zu Eigenheiten des französischen Recht, wo im Hinblick auf die Schiedsfähigkeit streng zwischen "clause compromissoire" (= Schiedsklausel) und "compromis" (= Schiedsvertrag) unterschieden wird, Kornmeier/Sandrock II, S. 912 TZ 62 und zur Unterscheidung im Hinblick auf die Form, dieselben S. 928 TZ 102, mit weiteren Literaturhinweisen.

weniger auf die Internationalität des Schiedsverfahrens an sich, als vielmehr auf die Internationalität der Schiedsvereinbarung an. Im Zusammenhang mit den bestehenden Staatsverträgen geht es demnach um die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Pflicht zur Anerkennung von Schiedsvereinbarungen.

Die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung kann immer dann zur Diskussion stehen, wenn im Rahmen eines Schiedsverfahrens direkte Berührungspunkte zu staatlichen Justizbehörden und deren *lex fori*, sei es in materiell- oder verfahrensrechtlicher Hinsicht, entstehen. Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens Rückgriff auf staatliche Hilfe genommen werden muss. Praktisch kann dies in folgenden Verfahrensstadien geschehen:

1. Bei der Entscheidung über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts:<sup>4)</sup>

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts basiert auf der Schiedsvereinbarung. Ist die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung umstritten, etwa weil eine Partei die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes bestreitet, so hat letztlich der ordentliche staatliche Richter<sup>5)</sup> die Schiedsfähigkeit und somit über die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung zu entscheiden. Die Einrede der sachlichen (und ev. örtlichen) Unzuständigkeit bei

4) Vgl. dazu Rüede/Hadenfeldt, § 15 VIII / § 33.

5) Im folgenden wird diese richterliche Instanz als Einrederichter bezeichnet. Darunter ist jener staatliche Richter zu verstehen, der sich mit der Unzuständigkeitseinrede zu befassen hat.

Vorliegen einer Schiedsvereinbarung kann je nach dem der einen oder anderen Partei zustehen, denn die Frage nach der Zuständigkeit des Schiedsgerichts kann sich sowohl für staatliche Gerichte direkt stellen - und zwar aufgrund einer Feststellungsklage oder als Vorfrage, wenn die Klage bei einem staatlichen Gericht eingereicht wird und der Beklagte einredeweise die Zuständigkeit des Schiedsgerichts geltend macht - als auch dem Schiedsgericht selbst, wenn es angerufen wird und der Beklagte hier die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung infolge mangelnder Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes geltend macht. Bei einem positiven oder negativen Zuständigkeitsentscheid des Schiedsgerichts, welches aufgrund seiner Kompetenz-Kompetenz in jedem Fall über die Zuständigkeit entscheiden muss (§ 241 Abs. 1 aZPO ZH), stand dem Beklagten nach altem Zürcher Recht der Zuständigkeitsrekurs an das Obergericht zu (§ 241 Abs. 2 aZPO ZH), womit wiederum der staatliche Richter über die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden musste<sup>6)7)</sup>. Gegen diesen Entscheid war auf kantonaler Ebene die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht zulässig (§ 281 ZPO ZH)<sup>8)</sup>. Auf bundesrechtlicher Ebene ist gegen den Rechtsmittelentscheid des Obergerichts, der sich gegen den Zwischen- bzw. prozesserledigenden Entscheid des Schiedsgerichts richtet,

6) Vgl. dazu ausführliche Rüede/Hadenfeldt, § 33 sowie Sträuli/Messmer § 241.

7) Erklären sich das staatliche bzw. das Schiedsgericht für unzuständig, so kommt nach Zürcher Recht die Prozessüberweisung nach § 112 ZPO ZH in Betracht.

8) Zur zürcherischen Nichtigkeitsbeschwerde in Schiedsgerichtsverfahren P. Nobel in FS Meier-Haynz, S. 265. Diese ist nunmehr ersetzt durch die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit.

die Berufung an das Bundesgericht zulässig, soweit die Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften über die objektive Schiedsfähigkeit geltend gemacht wird (OG 43 i. V. m. OG 49)<sup>9)</sup>.

2. Beim Ersatzernennungsverfahren für Schiedsrichter: Rückgriff auf staatliche Hilfe muss während des Konstituierungsverfahrens des Schiedsgerichts u.U. auch bei der Ernennung des oder der Schiedsrichter genommen werden<sup>10)</sup>. Hier interessieren jene Fälle, in denen eine Partei keinen Schiedsrichter ernennt, weil sie die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung bestreitet - in unserem Zusammenhang unter Berufung auf die fehlende Arbitrabilität des Streitgegenstandes<sup>11)</sup>. Die Konstituierung des Schiedsgerichts durch eine staatliche Ersatzernennung muss jedoch gleichwohl erfolgen, da das Schiedsgericht aufgrund seiner Kompetenz-Kompetenz über seine Zuständigkeit zu entscheiden hat<sup>12)</sup>13).

9) Vgl. dazu BGE 71 II 177 ff.; 78 II 393 ff.

10) Die zuständige richterliche Behörde ist in der Schweiz meist das obere kantonale Zivilgericht. In Zürich: Obergericht gem. § 243 Ziffern 2 und 3 ZPO. Für die Konkordatskantone: Zusammenstellung bei Rüede/Hadenfeldt, § 20 II c).

11) Dieses Problem entsteht praktisch nur bei ad-hoc Schiedsgerichten, denn die Schiedsordnungen institutioneller Schiedsgerichte sehen regelmässig dispositive Auffangregeln für die Ersatzernennung vor.

12) Nur wenn die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung sofort liquid nachgewiesen werden kann, findet das Ersatzernennungsverfahren nicht statt. Vgl. Sträuli/Messmer, § 243 N 6 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

13) Auf eine Besonderheit ist in unserem Zusammenhang für den Fall hinzuweisen, dass die Ernennungsbefugnis des oder der Schiedsrichter von den Parteien in der Schiedsvereinbarung an den Präsidenten des Bundesgerichts delegiert worden ist, da dieser eine Ernennung nach ständiger Praxis nur vornimmt, wenn keine der Parteien die Schiedsvereinbarung bestreitet (BGE 93 I 345, 88 I 100, 78 I 352). Diese Praxis und die Begründung dafür sind nicht unproblematisch. Ebenso betrachtet der deutsche BGH in einem Urteil vom 27.2.1969 die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung als Voraussetzung für die Gewährung staatlicher Hilfe bei der Schiedsrichterbestellung (ZZP 1971, S. 203 mit Anmerkung Habscheid).

Im Rahmen des Ersatzernennungsverfahrens hat die zuständige richterliche Behörde am Sitz des Schiedsgerichts vorfrageweise die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung zu prüfen. Diese summarische Prüfung ergeht ohne Verbindlichkeit für den Kompetenzentscheid des Schiedsgerichts<sup>14)</sup>. Eine Ersatzernennung unterbleibt jedoch, wenn die Schiedsvereinbarung offensichtlich unwirksam ist<sup>15)</sup>.

Auch hier also kann die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit im Zusammenhang mit der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung vor staatliche Gerichtsbehörden gelangen.

3. Bei der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen:

Hier sollen einige einleitende Ausführungen genügen, da dieses zentrale Thema an anderer Stelle eingehend behandelt wird<sup>16)</sup>.

Im Anwendungsbereich des wichtigen New Yorker Uebereinkommens bedeutet die mangelnde objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nach dem Recht des Akzeptionsstaates ein Akzeptionshindernis<sup>17)</sup> (Versagungsgrund) für die

14) BGE 88 I 106.

15) Rüede/Hadenfeldt § 20 II f) mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und Lehre (FN 53).

16) Siehe 4. Kapitel.

17) Zur Terminologie: Akzeption wird im folgenden als Oberbegriff für die Anerkennung und Vollstreckung verwendet. Unter Anerkennung ist zu verstehen, dass ein ausländisches oder ausserkantonales Urteil im Inland bzw. im Vollstreckungskanton in gleicher Weise beachtet wird, wie die Entscheidung eines inländischen bzw. innerkantonalen Gerichts (Guldener, IZPR, S. 91). Unter Vollstreckung ist zu verstehen die zwangsweise Verwirklichung im Inland eines ausländischen Leistungsurteils (Guldener IZPR, S. 92). Sinngemäss gilt dies auch im interkantonalen Verhältnis. Allgemein werden die Voraussetzungen der Akzeption, entsprechend der Beweislastverteilung unterteilt in "positive Akzeptionsvoraussetzungen" - die Beweislast für deren Erfüllung liegt bei der an der Akzeption interessierten Partei (Akzeptionskläger) - einerseits und in "Versagungsgründe" oder "Akzeptionshindernisse" - hier liegt die Beweislast bei der an der Ablehnung der Akzeption interessierten Partei (Akzeptionsbeklagter) - andererseits (vgl. Bertheau, S. 54).

Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils, welches allerdings von Amtes wegen berücksichtigt werden kann, da die mangelnde Schiedsfähigkeit allgemein als Anwendungsfall des ordre public-Vorbehaltes angesehen wird. Auf das Verhältnis zwischen ordre public und objektiver Schiedsfähigkeit ist an anderem Ort einzugehen (siehe v.a. 5. Kapitel).

Im Anwendungsbereich des Konkordates vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit heisst es sodann im 8. Abschnitt über die Vollstreckung:

Art. 44 Konk:

"<sup>1</sup>Auf Gesuch einer Partei bescheinigt die in Art. 3 vorgesehene richterliche Behörde, dass ein Schiedsspruch, der Art. 5 nicht widerspricht, gleich einem gerichtlichen Urteil vollstreckbar ist, sofern:

.....  
.....  
....."

Art. 5 Konk lautet:

"Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder Anspruch sein, welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt, sofern nicht ein staatliches Gericht nach zwingenden Gesetzesbestimmungen in der Sache ausschliesslich zuständig ist."18)

18) Vgl. zum letzten Halbsatz des Art. 5 Konk die Zusammenstellung über die die Schiedsgerichtsbarkeit ausschliessenden oder einschränkenden Gesetzesvorschriften über die sachliche Zuständigkeit des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bei Sträuli/Messmer § 238 N 3 - 3b.

Schliesslich ist die Regelung im Kanton Zürich, der dem Konkordat per 1. Juli 1985 beigetreten ist, anzuführen. § 302 über die Vollstreckung ausländischer Entscheide lautet:

"<sup>1</sup>Entscheide ausländischer Gerichte in Zivilsachen werden unter Vorbehalt staatsvertraglicher Vereinbarungen vollstreckt, wenn sie nach dem Recht des entscheidenden Staates rechtskräftig und vollstreckbar sind 19) und wenn die Gerichtsbarkeit des ausländischen Staates nach dem Recht des Bundes oder des Kantons Zürich begründet war. Der Entscheid wird nicht vollstreckt, wenn er gegen wesentliche Grundsätze der schweizerischen Rechtsordnung (ordre public) verstösst oder unter Verletzung solcher Grundsätze zustandegekommen ist. Die Vollstreckung kann zudem versagt werden, wenn feststeht, dass der ausländische Staat kein Genegrecht hält."

Die Auslegung dieser Vorschrift ergibt in unserem Zusammenhang, dass die mangelnde Schiedsfähigkeit in zwei Fällen geltend gemacht werden kann:

- a) Einmal im Zusammenhang mit der Zuständigkeit des erkennenden Schiedsgerichts. § 302 verlangt zwar nicht (mehr) dass das erkennende Gericht nach dem internen Recht des Urteilstaates zuständig war. Für ausländische Schiedssprüche muss jedoch die Zuständigkeit nach Sitzrecht gleichwohl nachgewiesen werden, und zwar deshalb, weil das Bestehen einer gültigen Schiedsvereinbarung Voraussetzung für die Vollstreckung ist<sup>20)</sup>.

- 19) Entgegen diesem Wortlaut ist nach Sträuli/Messmer Anhang nach § 258 N 6 b) nicht erforderlich, dass der ausländische Schiedsspruch nach Sitzrecht rechtskräftig und vollstreckbar geworden ist. Vielmehr genügt es, dass er rechtsverbindlich geworden ist.
- 20) BGE 57 I 303; Sträuli/Messmer, Anhang nach § 258 N 6 c) mit Literaturhinweisen.

Ist also die Schiedsvereinbarung mangels objektiver Schiedsfähigkeit ungültig, so kann nicht vollstreckt werden.

- b) Zum andern kann die mangelnde Schiedsfähigkeit des Gegenstandes den ordre public verletzen, es sei denn, dass mangels Binnenbeziehung die Schiedsfähigkeit nur nach ausländischem Recht zu prüfen war und gegeben ist<sup>21)</sup>.

- 21) In diesem Zusammenhang sei bereits hier auf ein prozessuales Problem von kardinaler Bedeutung hingewiesen. Es geht um die Frage der Anwendung fremden Rechts durch schweizerische Gerichtsbehörden.

Stellvertretend für viele andere Kantone ist kurz auf die Regelung in der Zürcher Zivilprozessordnung einzugehen. Nach § 57 Abs. 2 ZPO ZH wird "anstelle fremden Rechts, von welchem das Gericht keine sichere Kenntnis hat, einheimisches Recht angewendet, wenn die Parteien nicht den Inhalt fremden Rechts nachweisen."

Nach § 133 ZPO ZH wird "Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen, über fremdes Recht und Gewohnheitsrecht sowie über Handelsübungen und Ortgebräuche. Hat der Richter sichere Kenntnis davon, ist der Beweis nicht abzunehmen."

Nach Zürcher Prozessrecht prüft der Richter von Amtes wegen, ob schweizerisches oder ausländisches Recht und gegebenenfalls welches anzuwenden ist. Das fremde Sachrecht dagegen wird nur bei genauer Kenntnis von Amtes wegen angewendet. Bei Unkenntnis wird es als blosser Tatsache behandelt, die voll beweispflichtig ist!

Nach anderen kantonalen Prozessordnungen hängt die Anwendbarkeit ausländischen Rechts schlechthin davon ab, dass es von den Parteien angerufen wird (vgl. dazu Sträuli/Messmer, § 57 N ff.; eingehend dazu A. Schnyder, Fremdes Sachrecht).

Auch Schiedsgerichte mit Sitz in Zürich, die nach der Zürcher ZPO verfahren, behandeln ausländisches Recht als Tatsache, die dem Gericht nachzuweisen ist, sofern es keine sichere Kenntnis davon hat, wobei die Parteien allerdings frei sind, in diesem Punkt das Verfahren anders zu gestalten (vgl. Nobel, S. 276, mit Ausführungen zur Ueberprüfungsbefugnis der Kassationsinstanz).

Leider überprüft auch das Bundesgericht von Amtes wegen nur, ob schweizerisches oder ausländisches Recht anwendbar sei, nicht aber welches von mehreren in Betracht fallenden ausländischen Rechten massgebend ist (102 III 4; 102 II 135; 99 II 317 E 2; 98 II 237 E 1a)), und schon gar nicht überprüft das Bundesgericht die Anwendung des ausländischen Rechts, obwohl es z.B. in BGE 103 II 10 im Zusammenhang mit Art. 7 h MAG gezeigt hat, dass es auch die Anwendung ausländischen Rechts in sehr kompetenter Weise überprüfen kann. Vgl. dazu statt anderer W. Stauffer in ZSR 1976 I S. 491 ff.

4. Bei Rechtshilfe durch staatliche Gerichte:

Schiedsgerichte verfügen als Privatgerichte über keine Zwangsgewalt, auch nicht im Rahmen einer Beweiserhebung. Deswegen sehen die schweizerischen Prozessgesetze bezüglich der möglichen Fälle der Rechtshilfe teilweise umfassende Regelungen vor (z.B. Art. 27 Abs. 2 Konk)<sup>22)</sup>.

Nach allgemein anerkannten Grundsätzen im Bereich der interkantonalen und internationalen Rechtshilfe darf dem Schiedsgericht die Gewährung von Rechtshilfe nicht etwa mit der Begründung verweigert werden, das ersuchende Schiedsgericht sei zur Beurteilung des Rechtsstreites, für den um Rechtshilfe nachgesucht wird, gar nicht zuständig, indem sich das um Rechtshilfe angegangene staatliche Gericht auf die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung beruft<sup>23)</sup>.

Immerhin kann dies m.E. nur dem Grundsatz nach gelten, denn es kann einem staatlichen Gericht nicht verwehrt sein, die Rechtshilfe dann zu verweigern, wenn die für das Schiedsgericht zuständigkeitsbegründende Schiedsvereinbarung mangels objektiver Schiedsfähigkeit nach der *lex fori* dem *ordre public* widerspricht. Die nötige Binnenbeziehung wird in diesem speziellen Fall m.E. bereits durch den Sitz des Schiedsgerichts geschaffen.

22) Vgl. zum ganzen Rüede/Hadenfeldt, § 36 IV.

23) Sträuli/Messmer, § 252 N 7; Rüede/Hadenfeldt, § 36 IV 3 (mit Hinweisen auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung in FN 54).

Für Zürich ist an eine analoge Anwendung von § 116 GVG zu denken, wobei aber eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf jene Fälle vorzunehmen ist, in denen ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich, dessen Zuständigkeit auf einer dem ausländischen Recht unterstehenden Schiedsvereinbarung gründet, um Rechtshilfe ersucht, sofern eben die zuständigkeitsbegründende Schiedsvereinbarung gegen wesentliche Grundsätze der schweizerischen Rechtsordnung verstösst. Gerade in solchen Fällen kann die Befugnis zur Zuständigkeitsüberprüfung durch staatliche Gerichte nicht mit der Begründung verneint werden, diese Fragen würden in den Zuständigkeitsbereich jenes staatlichen Gerichts fallen, das über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu entscheiden hat, da die Zuständigkeit des Schiedsgerichts von den Parteien in der Regel bei dieser Konstellation gar nicht bestritten wird.

5. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen:

Der Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen eines Schiedsgerichtsverfahrens ist ausschliesslich Sache der staatlichen Gerichte<sup>24)</sup>. Ist zur Durchsetzung solcher Massnahmen Zwang notwendig, so ist das Bezirksgericht anzugehen<sup>25)</sup>.

Solange nun über die Wirksamkeit der zuständigkeitsbegründenden Schiedsvereinbarung für das Schiedsgericht nicht eindeutig entschieden ist, bleibt für staatliche Gerichte kein Platz, den Erlass von vorsorglichen Massnahmen unter

24) Rüede/Hadenfeldt, § 35 I.

25) Sträuli/Messmer, § 248 N 14 analog.

Berufung auf die mangelnde Schiedsfähigkeit des Rechtsstreites zu verweigern, da sonst den Parteien u.U. die Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes genommen wird, es sei denn, die Streitigkeit könne nach *lex fori* ganz offensichtlich nicht zum Gegenstand eines Schiedsverfahrens gemacht werden (z.B. Ehescheidungsklage oder Vaterschaftsklage, wobei allerdings vorsorgliche Massnahmen betreffend vermögensrechtlicher Ansprüche, für die ein Schiedsgericht vereinbart wurde, zu gewähren wären). Eine analoge Regelung zur Rechtslage bei Rechtshilfesuchen (vgl. vorne Ziffer 4) wäre hier wohl angezeigt, so dass es auch beim Erlass bzw. bei der Durchsetzung von vorsorglichen Massnahmen zur Ueberprüfung der objektiven Schiedsfähigkeit durch staatliche Gerichte kommen kann, sofern die besonderen Voraussetzung vorliegen.

Die spezifischen Probleme um die objektive Schiedsfähigkeit ergeben sich aus der Internationalität eines Schiedsgerichtsverfahrens. Staatliche Rechtsnormen grenzen den Freiraum der Parteien und der Schiedsrichter ein. Da es sich um internationale Sachzusammenhänge handelt, können Rechtsordnungen verschiedener Staaten im Verlauf der Rechtsverfolgung Schranken setzen. In vielen Fällen lässt sich im internationalen Rechtsverkehr nicht im voraus bestimmen, wieviele und welche Rechtsordnungen letztlich berührt werden. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit wäre es daher höchst wünschenswert, wenn diejenigen Sachgebiete, auf denen die Schiedsgerichtsbarkeit zulässig ist, international einheitlich umschrieben wären. Der heute im Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit geltende Rechtszustand auf internationaler Ebene dagegen lehrt uns anderes: "Bezüglich

der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes, der Kernfrage der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, hat das vereinheitlichte Recht praktisch abgedankt. Es enthält keine einheitlichen Sachregeln und auch keine brauchbaren kollisionsrechtlichen Einheitslösungen."<sup>26)</sup>

Ziel dieser Arbeit ist es, eine international möglichst "akzeptable" (= durchsetzungsfreundliche) und justiziable Lösung für die sich im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr aufdrängende Anknüpfungsfrage der objektiven Schiedsfähigkeit zu finden.

26) v. Hülsen in der Gesamtzusammenfassung, S. 152.

## II. Präzisierung und Einordnung der Problemstellung

Wie in der Einleitung bereits ausgeführt wurde, stellt sich die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit regelmässig im Zusammenhang mit der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung.

Bei jeder grenzüberschreitenden Rechtsverfolgung stellt sich naturgemäss die Frage nach dem anwendbaren Recht auf die zu beurteilende Rechtsfrage. Bei einem internationalen Schiedsverfahren sind dabei vier Hauptkomplexe zu unterscheiden, welche sich in folgende Fragen fassen lassen:

- a) Welchem Recht unterliegt die Schiedsvereinbarung mit der Unterfrage: Welches Recht entscheidet darüber, ob ein bestimmter Streitgegenstand überhaupt der staatlichen Rechtspflege entzogen werden darf (objektive Schiedsfähigkeit; Arbitrabilität *ratione materiae*)?
- b) Welchem Recht unterliegt das Verfahren (inkl. Sitzbestimmung, Konstituierungsverfahren, Rechtsmittelverfahren, etc.)?
- c) Welches Recht ist von internationalen Schiedsgerichten in der Sache selbst anzuwenden?

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die (heute z.T. noch umstrittene) Frage, welches Kollisionsrecht das Schiedsgericht anzuwenden hat<sup>27)</sup>.

27) Dazu v.a. Lalive in Colloque, S. 57 ff. (deutsche Zusammenfassung der diskutierten Vorschläge S. 106 ff.). Vgl. auch Fouchard, RZ 543 ff.; Schlosser I, RZ 609 ff.; Sträuli/Messmer, § 253 N 2.

Was zunächst das Verfahren betrifft, verfügen die Parteien über eine grosse Verfahrensautonomie im Rahmen der zwingenden Bestimmungen des Konkordates (Art. 1 Abs. 2 Konk).

Diese verfahrensrechtliche Selbstbestimmung, welche sich sowohl auf das Verfahren vor dem Schiedsgericht selbst, als auch auf die Beziehungen des Schiedsgerichts zu staatlichen Gerichten bezieht, schliesst auch die Kompetenz der Parteien mit ein, eine Verweisung auf eine bestimmte schweizerische oder ausländische Verfahrensordnung oder auf das Reglement eines institutionellen Schiedsgerichts vorzunehmen 28).

Bei internationalen Verhältnissen stellt sich sodann die Frage, ob das anwendbare materielle Recht nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts am Sitz des Schiedsgerichts zu ermitteln sei, oder ob dafür andere Gesichtspunkte massgeblich seien, vor allem solche einer erhöhten Autonomie der Parteien und Schiedsrichter in der Rechtswahl, die auch die Wahl des anwendbaren Kollisionsrechts mitumfasst.

Sowohl die Frage nach der verfahrensrechtlichen Parteiautonomie - insbesondere die diesbezüglichen Schranken im Hinblick auf die Prüfung der materiellen Gültigkeit der Schiedsvereinbarung -, als auch die Frage nach der erhöhten Rechtswahlfreiheit der Parteien und Schiedsrichter in materiellrechtlicher Hinsicht - und die diesbezüglichen Schranken im Hinblick auf die Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit - werden in der vorliegenden Arbeit von Interesse sein.

d) Welchem Recht unterliegt der Schiedsspruch?

Um die Schwierigkeiten bei der Beantwortung dieser Fragen zu überwinden, wurden von den am internationalen privaten Rechtsverkehr beteiligten Kreisen und Staaten mannigfache Versuche unternommen. Zu erwähnen sind v.a. die wichtigen multilateralen Staatsverträge in diesem Bereich:

- Das Genfer Protokoll von 1923 über die Schiedsklauseln (GP)
- Das Genfer Abkommen von 1927 über die Vollstreckung von im Ausland ergangenen Schiedssprüchen (GA)

28) Sträuli/Messmer, § 248 N 7.

- Das New Yorker Uebereinkommen von 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
- Das Europäische Uebereinkommen von 1961 über die Ost-West-Schiedsgerichtsbarkeit

Dazu treten die Bildung zahlreicher internationaler Schiedsorganisationen und die Ausarbeitung von Muster - Schiedsordnungen. Man hat in letzter Zeit auch versucht, die Probleme im internationalen Rechtsverkehr, die sich aus dem Nebeneinander einzelner nationaler Rechtsordnungen ergeben, mit der Loslösung des Rechts der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit von den nationalen Rechtsordnungen zu überwinden. Man sucht supranationale Rechtsquellen, um den kollisionsrechtlichen Problemen zu entgehen: Allgemeine Rechtsgrundsätze, völkerrechtliches Gewohnheitsrecht, die Lehre von der "absoluten Parteiautonomie", lex mercatoria, loi d'arbitrage internationale, Billigkeitsrecht, internationale Handelsbräuche, etc., werden vorgeschlagen. Allen rechtstheoretischen Bemühungen zum Trotz: "Die rechtliche Verankerung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist noch immer nationales Recht."<sup>29)</sup> <sup>30)</sup>

Aus dieser realistischen Einschätzung drängt sich die rechtsdogmatisch und rechtslogisch unerlässliche Betrachtungsweise auf, gerade auch die Fragen um die objektive Schiedsfähigkeit kollisionsrechtlich zu lösen, denn bei der

29) Schlosser in RIW 1982, S. 867.

30) Vgl. z.B. zur lex mercatoria den Entscheid des OLG Wien vom 26.1.1982 in "Die Aktiengesellschaft" 1982, S. 165 mit Anmerkung Dielmann, der Stellung zu Tendenzen in der Literatur nimmt.

Umschreibung der Schiedsfähigkeit sind die nationalen Regelungsinteressen besonders stark ausgeprägt. Diese Rechtswirklichkeit kann man nicht durch die Konstruktion internationalistischer Lösungen vergessen machen, denn sie scheitern zum vornherein an eben diesen nationalen Regelungsansprüchen. Der international-privatrechtliche Lösungsansatz ergibt sich daher auch bei der internationalen Schiedsvereinbarung aus der Internationalität des Sachverhalts, wonach Beziehungen zu mehr als einer Rechtsordnung bestehen.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf oben lit. a). Von der praktischen Bedeutung her gesehen tritt heute die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, begünstigt durch die multilateralen Abkommen und die damit parallel verlaufende Neuorientierung in bedeutenden nationalen Rechtsordnungen, in den Mittelpunkt des Interesses. Dies hat Schlosser durch eine überzeugende Analyse der Tendenzen in Gesetzgebung und Rechtsprechung nachgewiesen<sup>31)</sup>.

Im Hinblick auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung sind folgende Einzelelemente zu unterscheiden:

1. Die Frage nach der persönlichen Fähigkeit, einen Schiedsvertrag abzuschliessen (subjektive Schiedsfähigkeit; Arbitrabilität *ratione personae*). Hier liegt eine typische kollisionsrechtliche Teilfrage<sup>32)</sup>

31) Schlosser in RIW 1982, S. 857 ff.

32) Verena Füllemann-Kuhn, Vorfrage, S. 8. Füllemann definiert die Teilfrage, welche zu einer Spaltung führt, als unselbständiges Rechtsverhältnis (im Gegensatz zur Vorfrage).

vor, nämlich die Frage nach der Rechts- und Handlungsfähigkeit, welche nach den üblichen Regeln des IPR zu beantworten ist. Sie führt zu einem Sonderstatut<sup>33)</sup> (Personalstatut). Diese Frage soll hier nicht weiter interessieren<sup>34)</sup>.

2. Die Form der Schiedsvereinbarung. Auch darauf soll nicht weiter eingegangen werden<sup>35)</sup>.

3. Das für die sachliche Gültigkeit massgebende Recht (das Statut der Schiedsvereinbarung)<sup>36)</sup>.

Das schweizerische Bundesgericht wendet auf diese Frage im Zusammenhang mit der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche das Recht jenes Staates an, auf dessen Gebiet das Schiedsverfahren stattgefunden hat (93 II 55) (Sitzrecht). Ebenso Guldener<sup>37)</sup>.

Nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung ist der Schiedsvertrag ein prozessrechtlicher Vertrag (101 II 170)<sup>38)</sup>.

33) Dölle, S. 46 f.; Kegel, S. 255 ff.; Leitfall V.

34) Zu besonderen Fragen der subjektiven Schiedsfähigkeit vgl. Schlosser I, RZ 353 ff. und v. Hülse S. 122.

35) Dazu v.a. v. Hülse, §§ 9 und 10; Kornmeier/Sandrock, II, S. 922 ff. (mit umfassendem rechtsvergleichendem Überblick). In dieser Frage auch sehr aufschlussreich die zahlreich ergangenen Urteile in YCA Bde. I - VIII (jeweils unter Part V - Court decisions on the New York Convention 1958).

36) Dazu v.a. Kornmeier/Sandrock, II, S. 935 ff.; v. Hülse §§ 11 - 13; Schlosser I, RZ 320 ff.  
In diesem Zusammenhang interessieren vor allem drei Sonderfragen:  
- Bestimmtheit der Schiedsgerichtsvereinbarung  
- Allgemeine, vertragsrechtliche Fragen (Willensmängel, Heilung von Mängeln, Zustandekommen des Vertrags, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Distanzverträge, etc.)  
- Rechtsnatur der Schiedsgerichtsvereinbarung.

37) Guldener, IZPR, S. 111.

38) Guldener, ZPR, S. 51 Anm. 4; S. 263 f.; Sträuli/Messmer § 238 N 6.

Anders beispielweise die deutsche Lehre und Rechtssprechung<sup>39)</sup>.

In diesem Zusammenhang ist auch auf den Entwurf zu einem IPR-Gesetz hinzuweisen, wo eine alternative Anknüpfung im Sinne des favor validitatis vorgeschlagen wird (Art. 171 Abs. 2 IPR-E), was aber im Hinblick auf die Vollstreckung und auf das damit zusammenhängende New Yorker Uebereinkommen Kollisionsgefahren mit sich bringen kann (vgl. Art. V Abs. 1 NYU). Andererseits - so heisst es in der Botschaft des Bundesrates vom 10. November 1982 zu Recht - "verbindet sich mit dieser Regelung der Vorteil, dass die vielfach zu rein dilatorischen Zwecken ergriffene Beschwerde an die staatlichen Gerichte eingeschränkt wird, was insbesondere bei Schiedsverfahren, die nur geringe Beziehungen zu Schweiz aufweisen, nicht unerwünscht erscheint"<sup>40)</sup>. Nach der kollisionsrechtlichen Regel des Entwurfes beurteilt sich die materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung alternativ nach

- dem durch die Parteien gewählten Recht
- dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht
- dem schweizerischen Recht.

Eine andere Teilfrage der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung im Zusammenhang mit dem Statut der Schiedsvereinbarung ergibt sich auch aus dem Problem der Autonomie der Schiedsvereinbarung im Verhältnis zum Hauptvertrag. Hat

39) BGHZ 40, S. 320 (322); Kornmeier/Sandrock II, S. 984 FN 344 mit weiteren Literaturhinweisen.

40) Botschaft zum IPR-Gesetz 82.072, S. 200.

die Ungültigkeit des Hauptvertrages automatisch auch die Unwirksamkeit der - meist in ihm enthaltenen - Schiedsvereinbarung zur Folge? Die meisten Rechtsordnungen verneinen dies. Eine wichtige Ausnahme macht Frankreich, jedoch nur für die interne, nicht auch für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit<sup>41)</sup>.

4. Schliesslich gilt es, ein Sonderproblem von zentraler Bedeutung zu klären, was Hauptgegenstand dieser Arbeit ist:
- a) Nach welcher Rechtsordnung beurteilt sich die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes, d.h. nach welchem Recht beurteilt sich die Frage nach der Durchbrechung des Rechtspflegemonopols in bestimmten Sachen?
  - b) In welchem Verhältnis steht dieses Sonderproblem zur Frage nach der materiellen Gültigkeit der Schiedsvereinbarung? Muss es einheitlich im Zusammenhang mit der Gültigkeitsfrage behandelt werden (einheitliche Anknüpfung) oder ist die Sonderfrage gesondert anzuknüpfen?

Die Lösung dieser Frage wird massgeblich von der Qualifikation der objektiven Schiedsfähigkeit abhängen. Dabei muss - ähnlich wie bei der Schiedsvereinbarung - die Rechtsnatur der Schiedsfähigkeit ermittelt werden. Ist sie ein materiell- oder prozessrechtliches Institut? Was folgt daraus, v.a. im Hinblick auf die Rechtswahlfreiheit für die Schiedsvereinbarung selbst

41) Dazu mit einem rechtsvergleichenden Ueberblick Schlosser in RIW 1982, S. 862, insbesondere FN 41.  
Vgl. auch den umfassenden Ueberblick in YCA, Bde I - VIII, jeweils unter National Reports II 4.

oder im Hinblick auf eine getroffene Rechtswahl für das in der Sache anzuwendende Recht?

- c) Oder noch weiter gefasst: Ist das Sonderproblem der objektiven Schiedsfähigkeit kollisionsrechtlich einheitlich mit allen im Zusammenhang mit einer Schiedsgerichtsvereinbarung und einem Schiedsverfahren schlechthin auftretenden Fragen anzuknüpfen, wie dies zum Teil in der deutschen Lehre vertreten wird (Einheitstheorie)?<sup>42)</sup>
- d) Welche Bedeutung kann Art. 18 IPR-E in unserem Zusammenhang gewinnen?

Art. 18 IPR-E lautet:

VI. Zwingende Bestimmungen eines ausländischen Rechts

"Der Bestimmung eines anderen als des durch dieses Gesetz bezeichneten Rechts, die zwingend angewandt sein will, kann Wirkung verliehen werden, wenn schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist.

Für die Entscheidung, ob einer solchen Bestimmung Wirkung zu verleihen ist, sind ihr Zweck und die daraus sich ergebenden Folgen zu berücksichtigen."

- e) Schliesslich muss geprüft werden, ob einer materiellen Regelung der Schiedsfähigkeit (vgl. Art. 170 Abs. 1 IPR-E) vor einer kollisionsrechtlichen der Vorrang zu geben ist.

42) Zum Ueberblick über den Meinungsstand Schlosser I, RZ 192 ff.; Kornmeier/Sandrock II, S. 980 FN 329.

## 2. Kapitel

### Leitfälle aus der Rechtsprechung

Im folgenden Kapitel sollen nun einige Leitfälle das dogmatische Problem verdeutlichen und den nötigen Praxisbezug herstellen. Die Analyse der Entscheidungsmotive wird einiges für die gesuchte Lösung aus schweizerischer Sicht hergeben.

#### Leitfall I

Zur Veranschaulichung des Problems diene folgendes konstruierte Beispiel:

Die Vertragsparteien eines Devisenkaufgeschäfts - ein Franzose als Verkäufer und ein Italiener als Käufer - vereinbaren die Entscheidung aller möglicherweise entstehenden Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich. Der Franzose hat die nach französischem Recht notwendige Bewilligung der französischen Devisenkontrollbehörde nicht beigebracht (wir unterstellen, eine solche Bewilligung sei nach französischem Recht zur Gültigkeit der Transaktion unentbehrlich).

Nach Auslieferung der Devisen erbringt der Italiener den Kaufpreis nicht in voller Höhe. Der französische Verkäufer klagt nach mehrmaliger Zahlungsaufforderung, aber nicht vor dem Zürcher Schiedsgericht, sondern in Mailand beim italienischen ordentlichen Gericht des Beklagten auf Leistung der Kaufpreisrestanz.

Der italienische Käufer beruft sich hier einredeweise auf die Schiedsgerichtsvereinbarung. Das Mailänder Gericht muss bei seiner Zuständigkeitsprüfung die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung prüfen und muss dazu das auf diese anwendbare Recht ermitteln. Insbesondere hat es zu prüfen, nach welchem Recht sich die Frage der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes beurteilt (wir nehmen an, in Frankreich seien für die Beurteilung solcher Streitigkeiten ausschliesslich die staatlichen Gerichte zuständig).

Erachtet das italienische Gericht die Streitigkeit als arbitrabel, so wird es auf die Klage mangels sachlicher und örtlicher Zuständigkeit durch ein Prozessurteil nicht eintreten (dieses Urteil - und insbesondere auch die Erwägung zur Schiedsfähigkeit werden nach allgemeinen Grundsätzen des schweizerischen Zivilprozessrechts nicht materiell rechtskräftig)<sup>1)</sup>.

Daraufhin setzt der Franzose das Schiedsgerichtsverfahren in Zürich in Gang. Hier stellt sich für die Schiedsrichter im Zusammenhang mit der Zuständigkeitsprüfung ebenfalls die Rechtsanwendungsfrage für die Arbitrabilität des Streitgegenstandes. Möglicherweise müssen sie für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vor der Konstitutierung des Schiedsgerichts oder für eine Beweisaufnahme - eventuell sogar für Rechtshilfe aus Frankreich - die Hilfe des staatlichen Zürcher Richters in Anspruch nehmen. Dieser - wie auch sein französischer Kollege! - prüfen u.U. ebenfalls, welches Recht für die Frage der Schiedsfähigkeit massgebend ist. Dasselbe gilt, wenn der Zuständigkeitsentscheid des Schiedsgerichts beim zuständigen ordentlichen Zürcher Gericht angefochten wird.

1) Anderer Meinung W.J. Habscheid, *Droit judiciaire privé Suisse*, 2. Auflage, Genf 1981, S. 306 f.

Uebles ahnend, hat der Italiener inzwischen alles greifbare Vermögen nach Belgien transferiert. Infolgedessen soll der Schiedsspruch dort vollstreckt werden. Nun wird schliesslich auch der belgische Richter die Frage zu prüfen haben, ob eine gültige Schiedsvereinbarung vorlag und somit, nach welchem Recht er die Frage der Schiedsfähigkeit beurteilen soll.

Mit diesem zugegebenermassen extremen Beispiel<sup>2)</sup> soll illustriert werden, welch missliche Lage im Hinblick auf die Rechtsverfolgung entstehen kann, wenn der Einrederichter, der Schiedsrichter, der ihn unterstützende in- oder ausländische Massnahme- oder Rechtshilferichter und der Vollstreckungsrichter bei der Gültigkeitsprüfung der Schiedsvereinbarung bzw. für die Prüfung der Schiedsfähigkeit nicht auf dieselbe Rechtsordnung verwiesen werden und daher möglicherweise verschieden urteilen. Einem international zumindest theoretisch anerkannten Postulat des Kollisionsrechts - dem internationalen Entscheidungseinklang - kann durch diese oft zufällige "Richterkette" gewaltig Abbruch getan werden. Einzelne Rechtsordnungen können auf diesem Wege ein internationales Schiedsverfahren geradezu torpedieren.

2) Immerhin gilt es nicht zu vergessen, dass bei der Umschreibung der Schiedsfähigkeit meistens gewichtige Staatsinteressen mit im Spiel sind, so dass es sich aus der Sicht der verschiedenen an einem internationalen Schiedsverfahren beteiligten Staaten nicht bloss um Bagatellfälle handelt, wenn staatliche Normen über die Schiedsfähigkeit gerade durch internationale Schiedsgerichte im Ausland umgangen oder verletzt werden.

## Leitfall II

BGE 78 II 393 ff.

Dieser Entscheid vom 1. September 1952 betrifft einen rein innerschweizerischen Fall. Er dient als materiellrechtliche Grundlage für die internationalprivatrechtliche Problemstellung.

Ueberprüfung der Zuständigkeit von Schiedsgerichten / Kompetenz des Bundesgerichts / Materielles Streitverhältnis.

Die sachliche Zuständigkeit eines vertraglichen Schiedsgerichts richtet sich, soweit eine bundesrechtliche Regelung Platz greift, grundsätzlich nach kantonalem Recht. Auch dann fällt aber die Beurteilung einer präjudiziellen eidgenössischen Rechtsfrage in die Kompetenz des Bundesgerichts (Art. 43 OG). Unter diesem Gesichtspunkt Bejahung der Schiedsgerichtsbarkeit für das gegenseitige Streitverhältnis (Art. 2 und 27 ZGB).

### 1. Aus dem Sachverhalt

Im Jahre 1948 eröffnete Karl Inderbitzin am Rosenberg in Winterthur einen Kiosk. Der Schweizerische Tabakverband gestattete die Belieferung mit Rauchwaren gegen Unterzeichnung eines Verpflichtungsscheines, der u.a. die Zusage enthielt, bei allen Differenzen "das in ... der Konvention vorgesehe Schiedsgericht zur Beurteilung anzuerkennen, unter Verzicht auf den ordentlichen Prozessweg".

Später erwarb Inderbitzin einen anderen Kiosk an der Wülflingerstrasse in Winterthur, der bereits bestanden und Rauchwaren geführt hatte, jedoch im Zusammenhang mit Umbauten verlegt wurde und deswegen während einiger Zeit stillgelegt war. Nach Uebernahme ersuchte Inderbitzin den Tabakverband am 4. Juni 1951 um die Erlaubnis zum Vertrieb von Tabakwaren. Auf Verlangen des Verbandes unterschrieb er mit Datum vom 11./12. Juli 1951 einen weiteren Verpflichtungsschein, der wiederum die erwähnte Schiedsklausel

einschloss. In der Folge nahm der Verband den Standpunkt ein, dass es sich bezüglich des Kiosks an der Wülflingerstrasse nicht um eine Wiedereröffnung, sondern um eine Neueröffnung einer Verkaufsstelle handle, weshalb er mit Beschluss vom 28. August 1951 die Belieferung ablehnte. Nunmehr belangte Inderbitzin den Tabakverband vor dem staatlichen Richter auf Erteilung der vorenthaltenen Bewilligung und Bezahlung von Schadenersatz. Die Klage wurde durch den Appellationshof des Kantons Bern mit Urteil vom 31. März 1952 ohne Prüfung der Begründetheit zurückgewiesen, worauf Inderbitzin die Berufung an das Bundesgericht erklärte.

## 2. Aus den Erwägungen

" 1. Die Berufung macht in erster Linie geltend, dass die Schiedsgerichtsbarkeit für ein Streitverhältnis der vorliegenden Art von Bundesrechts wegen ausgeschlossen sei. Nach Auffassung des Klägers bedeutet der gegen ihn verhängte Verdrängungsboykott einen Verstoß gegen Art. 2 ZGB und eine Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Sinne von Art. 27 ZGB. Solche fundamentale Fragen des Zivilrechts dürften nicht von einem Verbandsschiedsgericht, sondern nur vom staatlichen Richter beurteilt werden, auch wenn es im ZGB nicht ausdrücklich gesagt sei.

Weiter lehnt die Berufung das Schiedsgericht des Verbandes ab, weil seine Unabhängigkeit nicht verbürgt sei; weil der Streitgegenstand nicht, wie in Art. 380 der bernischen ZPO zur Bedingung gemacht, der freien

Verfügung der Parteien unterliege; weil kein gültiger Schiedsvertrag gemäss Art. 381 ZPO bestehe und keine gültige Schiedsklausel hinsichtlich des Kiosks an der Wülflingerstrasse in Winterthur.

2. Nach Art. 43 OG ist, bei gegebenen übrigen Erfordernissen, die Berufung zulässig wegen Verletzung eidgenössischen Rechts mit Einbezug von Bestimmungen über die Zuständigkeit (vgl. Art. 48 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 68 Abs. 1 lit. b OG). Weist das Bundesrecht die Parteien an den Richter, wie beispielsweise in Art. 83 Abs. 2 SchKG oder in Art. 577 und Art. 846 Abs. 3 OR, so ist die Frage, ob darunter der staatliche Richter mit Ausschluss des privaten Schiedsrichters zu verstehen sei, eine solche der eidgenössisch geregelten sachlichen Zuständigkeit. Dieser Fall liegt hier nicht vor. Darum richtet sich grundsätzlich die Zuständigkeit des vereinbarten Schiedsgerichts nach dem kantonalen Recht. Denn die Schiedsabrede wird als prozessrechtlicher Vertrag betrachtet, der von kantonalem Recht beherrscht ist (BGE 71 II 116, 179; 41 II 538).

Die bernische ZPO sieht in Art. 380 vor, dass Gegenstand des Schiedsvertrages nur Rechte sein können, die der freien Verfügung der Parteien unterstehen. Ob die Voraussetzung zutreffe, ist dort eine eidgenössische Rechtsfrage, wo durch Bundesgesetz verliehene Rechte erfasst sind. Ihre Beantwortung ist alsdann präjudiziell für die Beurteilung der Gültigkeit des kanto-

nalrechtlichen Schiedsvertrages. Eine derartige Entscheidung fällt nach konstanter Praxis in den Zuständigkeitsbereich des Bundesgerichts (BGE 48 II 355; 31 II 271; 29 II 377). Insoweit ist daher auf die Berufung einzutreten. ...."

### Leitfall III

Belgische Entscheide in Sachen Audi-NSU Auto Union AG c. S.A. Adelin Petit et Cie. (Journal des Tribunaux, Bruxelles 1977, S. 710 ff. und 1979, S. 625 ff.).

Unveröffentlichter Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 1. Juli 1974 in Sachen Adelin Petit & Cie. S.A. gegen Audi-NSU Auto Union Aktiengesellschaft.

Gültigkeit der Schiedsvereinbarung im Vollstreckungsverfahren / Mangelnde Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes / Rechtswahl auf deutsches Recht / Verstoß der Schiedsvereinbarung gegen den belgischen ordre public.

#### 1. Aus dem Sachverhalt

Die deutsche Automobilherstellerfirma Audi-NSU verlieh 1937 der belgischen Vertriebsgesellschaft A. Petit & Cie. S.A. das exclusive Verkaufsrecht von Audi-NSU-Automobilen (concession de vente exclusive) im Gebiet der Provinzen Liège, Anvers, Limbourg und Luxembourg sowie im Grossherzogtum Luxemburg. Der Alleinvertriebsvertrag, der mehrmals erneuert und verlängert wurde, wurde am 24. Juni 1969 von Audi-NSU auf den 31. Dezember 1969 gekündigt. Adelin Petit & Cie. S.A. erhob deswegen in Belgien eine Klage auf Ausrichtung einer Entschädigung (indemnité compensatoire et supplémentaire), gestützt auf Art. 2 eines belgischen Gesetzes vom 27. Juli 1961. Um eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden, einigten sich die Parteien auf eine Verlängerung der Geschäftsbeziehungen bis zum 31. Dezember 1973.

Dieser Vertrag vom 24. August 1971 wurde dem Recht der Bundesrepublik unterstellt. Als Erfüllungsort wurde der Geschäftssitz von Audi-NSU in Neckarsulm (BRD) verabredet. Für die Beurteilung von Streitigkeiten wurde ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich vorgesehen. Im Februar 1972 ergänzten die Parteien den Vertrag dahin, das Schiedsgericht habe auch über den Streitwert zu entscheiden.

Verhandlungen der Parteien über eine Fortsetzung ihrer Beziehungen über Ende 1973 hinaus scheiterten in der Folge. Am 15. Mai 1973 leitete Audi-NSU ein Schiedsverfahren gegen A. Petit & Cie. S.A. in Zürich ein. Audi-NSU verlangte damit die Feststellung, dass der Vertrag vom 24. August 1971 nebst Ergänzungsvereinbarungen am 31. Dezember 1973 ende, ohne dass der beklagten A. Petit & Cie. S.A. aus Anlass oder im Zusammenhang mit dieser Beendigung des Alleinvertriebsvertrags Ansprüche gegen Audi-NSU auf Zahlung irgendeines Betrages zustehe.

Das Schiedsgericht konstituierte sich am 6. Juli 1973 mit Sitz in Zürich. In der Klageantwortschrift erhob A. Petit & Cie. S.A. die Einrede der Unzuständigkeit unter Berufung auf Art. 4 und Art. 6 des belgischen Gesetzes über die einseitige Auflösung von Alleinvertriebsverträgen. Danach fehle dem Streitgegenstand die objektive Schiedsfähigkeit. Zudem sei ausschliesslich belgisches Recht anwendbar. Auch sei ausschliesslich der staatliche belgische Richter für die Beurteilung der Streitfrage zuständig.

Die Einrede der Unzuständigkeit wurde mit Beschluss des Schiedsgerichts vom 30. März 1974 verworfen. Hiergegen erhob

A. Petit & Cie. S.A. Rekurs an das Zürcher Obergericht mit dem Antrag, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und auf die Klage sei nicht einzutreten. Dem Rekurs wurde vom Obergericht die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Am 1. Juli 1974 wurde der Beschluss des Schiedsgerichts vom Obergericht bestätigt. Die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes wurde in dieser Entscheidung nach dem am Sitz des Schiedsgerichts geltenden Recht (schweizerisches Recht) bejaht. Im Zusammenhang mit der Zuständigkeit des Schiedsgerichts stelle sich die Frage nicht, ob die Schiedsfähigkeit auch nach belgischem Recht zu bejahen wäre.

Am 6. Dezember 1975 erliess das Zürcher Schiedsgericht ein Urteil in der Sache, worin die Rechtsbegehren von Audi-NSU vollumfänglich gutgeheissen wurden.

Parallel dazu machte A. Petit & Co. S.A. in Belgien vor dem staatlichen Richter von Liège einen Zivilprozess anhängig. Das Handelsgericht von Liège trat - trotz der Einrede der res iudicata, welche von Audi-NSU erhoben wurde - auf die Klage ein, indem es die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes unter Berufung auf den "ordre public international belge" verneinte und ausschliesslich belgisches Recht anwendete. Das Verfahren führte am 12. Mai 1977 zu einem Urteil, worin das Zürcher Schiedsgerichtsurteil in der Sache in Anwendung des New Yorker Übereinkommens und des bilateralen Staatsvertrages zwischen Belgien und der Schweiz über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen vom 29. April 1959 nicht anerkannt wurde.

Das Dispositiv lautet:

La Cour,  
.... "Dit que le tribunal de commerce de Liège était compétent ratione loci.  
Dit n'y avoir lieu à reconnaissance de la sentence arbitral du 6 décembre 1975, ces décisions ayant été rendues à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire non valables d'après la loi belge qui leur est applicable et l'objet desdites sentences n'étant pas susceptible d'être réglé par la voie de l'arbitrage selon la même loi, et au surplus la reconnaissance de ces décisions étant contraire à l'ordre public international belge en vertu de la loi de police et de sûreté du 27 juillet 1961 (C. civ., art. 3, al. 1er); ...."

Die Rechtsprechung des Handelsgerichts von Liège wurde am 28. Juni 1979 in einem belgischen Kassationsgerichtsurteil bestätigt.

## 2. Anmerkungen zu den belgischen Urteilen

Die Urteile befassen sich mit verschiedenen Rechtsfragen von allgemeiner Bedeutung, insbesondere auch im Zusammenhang mit der internationalen Zuständigkeit Belgiens im Anwendungsbereich des EWG-Uebereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Im zu beurteilenden Fall betrachteten sich die belgischen Gerichte unter Berufung auf Art. 5 Abs. 1 EWG-Uebereinkommen als zuständig, da sich der Erfüllungsort der Obligation im Verhältnis von Lizenzgeber zu Lizenznehmer in Belgien befinde. Darauf soll im folgenden nicht weiter eingegangen werden.

Von grösstem Interesse sind in unserem Zusammenhang die Erwägungen der belgischen Gerichte zum Verhältnis zwischen objektiver Schiedsfähigkeit und ordre public sowie zur

Anwendung des belgischen Rechts trotz Vorliegen einer Rechtswahl auf deutsches Recht. Auf die entsprechende Argumentationsthematik wird an gegebener Stelle eingegangen.

#### Leitfall IV

Entscheidung des U.S. Supreme Court vom 17. Juni 1974 i.S. Fritz Scherk v. Alberto-Culver Company (Supreme Court Reporter 417 U.S. 506. Vgl. auch YCA 1976 S. 203).

##### 1. Aus dem Sachverhalt

Scherk war ein in der Schweiz wohnhafter deutscher Industrieller. Er verkaufte drei untereinander verbundene Unternehmungen der Kosmetikbranche mit den zugehörigen Handelsmarken an die in Illinois ansässige Firma Alberto-Culver Company durch Uebertragung der entsprechenden Wertpapiere. Der Kaufvertrag enthielt eine ausdrückliche Rechtswahl auf das Recht von Illinois sowie eine Schiedsgerichtsvereinbarung auf die Internationale Handelskammer in Paris für den Fall, dass Differenzen bei der Vertragsabwicklung entstehen sollten. Die Vertragsverhandlungen, die während 2 Jahren geführt wurden, endeten im Juni 1969 in Genf mit dem Abschluss der Transaktion.

Fast ein Jahr später entdeckte Alberto-Culver angeblich, dass die Rechte an den erworbenen Handelsmarken von Dritten in substantiiert Weise beansprucht wurden, so dass Alberto-Culver ein Verbot für die Weiterverwendung der Handelsmarken drohte. In der Folge anerkannte Alberto-Culver eine Rückübertragung der Handelsmarken an Scherk unter

gleichzeitiger Auflösung des Vertrags. Nachdem Scherk abgelehnt hatte, klagte Alberto Culver am Federal District Court in Illinois auf Schadenersatz mit der Begründung, Scherk habe täuschende Angaben bezüglich der Rechte an den Handelsmarken gemacht, was eine Verletzung des Securities Exchange Act<sup>3)</sup> (SEC-Act) bedeute. Die Zuständigkeit des Federal District Court wurde von Scherk unter Berufung auf die Schiedsvereinbarung bestritten. Im Zentrum der Zuständigkeitsfrage, die vorfrageweise behandelt wurde, stand sodann die Einrede der mangelnden Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes, welche von Alberto-Culver erhoben wurde. Er berief sich dafür auf den SEC-Act und auf den Entscheid Wilko v. Swan<sup>4)</sup> des U.S. Supreme Court und machte die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung geltend. Der Federal District Court schützt diese Argumentation. Dieses Urteil wurde vom Court of Appeals

- 3) Beim SEC-Act von 1933 handelt es sich um amerikanisches Anlegerschutzrecht. Eine überragende Bedeutung hat in jüngster Zeit Sect. 10 (b) des SEC-Acts von 1934 erlangt. Diese Vorschrift erklärt betrügerische und irreführende Praktiken beim Handel mit Wertpapieren für strafbar, soweit sie gegen Regeln und Verordnungen der SEC-Kontrollbehörde verstossen. Das Verbot wurde in einer Verordnung der SEC-Behörde (Rule 10 (b)-5) konkretisiert. Diese Vorschriften finden auf jeden Kauf oder Verkauf von Wertpapieren Anwendung, der in täuschender oder irreführender Weise abgeschlossen wird. Verstösse dagegen führen ausser zu strafrechtlichen Sanktionen zu zivilrechtlichen Schadenersatzfolgen (vgl. dazu Bernhard Grossfeld, S. 124 ff.). In den Vordergrund der Diskussion ist in den letzten Jahren die Frage nach der extraterritorialen Anwendung dieser und ähnlicher Vorschriften gerückt.
- 4) Supreme Court Reporter, 346 U.S.427.  
In diesem Entscheid verneinte der U.S. Supreme Court die Schiedsfähigkeit einer ähnlich gelagerten Wertpapiertransaktion unter Berufung auf den zwingenden Charakter des SEC-Act. Allerdings - und dies ist ein gewichtiger Unterschied zum vorliegenden Fall - ging es in Wilko v. Swan um einen rein inneramerikanischen Kaufvertrag (domestic contract for the sale of securities), wogegen es sich im Fall Scherk v. Culver um "a truly international agreement" handelt.

for the Seventh Circuit bestätigt. Dagegen richtete sich die Berufung Scherk's an den U.S. Supreme Court, welcher in einem 5:4 Entscheid folgendes Urteil erliess:

"For all these reasons we hold that the agreement of the parties in this case to arbitrate any dispute arising out of their international commercial transaction is to be respected and enforced by the federal courts in accordance with the explicit provisions of the Arbitration Act."

2. Aus den Erwägungen des obersten amerikanischen Gerichtshofes

Obwohl es sich nach dem Minderheitsvotum (dissenting opinion) einiger Richter, die sich im wesentlichen an die Entscheidungsmotive von Wilko v. Swan hielten, beim SEC-Act um zwingenden Eingriffsnormen der lex fori handelt, die die "national public policy" berühren, sah das Gericht mit folgenden Begründungen von deren Anwendung ab:

"Accepting the premise, however, that the operative portions of the language of the 1933 Act relied upon in Wilko are contained in the Securities Exchange Act of 1934, the respondent's reliance on Wilko in this case ignores the significant and, we find, crucial differences between the agreement involved in Wilko and the one signed by the parties here. Alberto-Culver's contract to purchase the business entities belonging to Scherk was a truly international agreement. Alberto-Culver is an American Corporation with its principal place of business and the vast bulk of its activity in this country, while Scherk is a citizen of Germany whose companies were organized under the laws of Germany and Liechtenstein. The negotiations leading to the signing of the contract in Austria and to the closing in Switzerland took place in the United States, England, and Germany, and involved consultations with legal and trademark experts from each of those countries and from Liechtenstein. Finally, and most significantly, the subject matter of the contract concerned the sale of business enterprises organized under the laws of and primarily situated in European countries, whose activities were largely, if not entirely, directed to European markets.

Such a contract involves considerations and policies significantly different from those found controlling in Wilko. In Wilko, quite apart from the arbitration provision, there was no question but that the laws of the United States generally, and the federal securities laws in particular, would govern disputes arising out of the stock-purchase agreement. The parties, the negotiations, and the subject matter of the contract were all situated in this country, and no credible claim could have been entertained that any inter-

national conflict-of-laws problems would arise. In this case, by contrast, in the absence of the arbitration provision considerable uncertainty existed at the time of the agreement, and still exists, concerning the law applicable to the resolution of disputes arising out of the contract.

Such uncertainty will almost inevitably exist with respect to any contract touching two or more countries, each with its own substantive laws and conflict-of-laws rules. A contractual provision specifying in advance the forum in which disputes shall be litigated and the law to be applied is, therefore, an almost indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction. Furthermore, such a provision obviates the danger that a dispute under the agreement might be submitted to a forum hostile to the interests of one of the parties are unfamiliar with the problem area involved."(p. 2455)

"A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate these purposes, but would invite unseemly an mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages. In the present case, for example, it is not inconceivable that if Scherk had anticipated that Alberto-Culver would be able in this country to enjoin resort to arbitration he might have sought an order in France or some other country enjoining Alberto-Culver from proceeding with its litigation in the United States. Whatever recognition the courts of this country might ultimately have granted to the order of the foreign court, the dicey atmosphere of such a legal no-man's-land would surely damage fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements."(p. 2456)

"Rather, we concluded that a 'forum clause should control absent a strong showing that it should be set aside'. We noted that 'much uncertainty and possibly great inconvenience to both parties could arise if a suit could be maintained in any jurisdiction in which an accident might occur or if jurisdiction were left to any place (where personal or in rem jurisdiction might be established)'. 'The elimination of all such uncertainties by agreeing in advance on a forum acceptable to both parties is an indispensable element in international trade, commerce, and contracting.'" (p. 2457)

"An agreement to arbitrate before a specified tribunal is, in effect, a specialized kind of forum-selection clause that posits not only the situs of suit but also the procedure to be used in resolving the dispute. The invalidation of such an agreement, in the case before us would not only allow the respondent to repudiate its solemn promise but would, as well, reflect a 'parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts.' ... We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts."

All diese Argumente beruhen auf der Feststellung, dass "Alberto-Culver's contract to purchase the business entities belonging to Scherk was a truly international agreement". (p. 2455)

Diese aufsehenerregende Entscheidung ist um so bemerkenswerter als die Akzeptation eines ausländischen Schiedsspruches nach dem NYU versagt werden kann, wenn der Streitgegenstand nach dem internen Recht des Akzeptationsstaates nicht schiedsfähig ist (Art. V Ziff. 2 lit. a NYU). Das Urteil des Supreme Court hat die Akzeptation alsdann präjudiziert.

Die in dieser Entscheidung entwickelten liberalen Grundsätze wurden kurze Zeit später von der amerikanischen Rechtssprechung auch auf kartellrechtliche Sachen übertragen (vgl. den Entscheid Mc Creary & Rubber Comp. v. CEAT in 501 F 2d 1032).

#### Leitfall V

Schwedisches Urteil des SVEA Court of Appeal vom 18. Juni 1980 i.S. Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Socialist Peoples Arab Republic of Libya (YCA 1982, S. 359).

#### 1. Aus dem Sachverhalt / Prozessgeschichte

Dieses Urteil des schwedischen Appellationsgerichts bildet einen Teil des Vollstreckungsverfahrens, welches LIAMCO gegen Libyen in 4 Ländern durchführte. LIAMCO forderte in den verschiedenen Vollstreckungsklagen die Bezahlung von 80 Mio \$ aus Verstaatlichung von Konzessionsrechten der LIAMCO in Libyen als dort 1969 die Republik ausgerufen wurde. In den

Konzessionsverträgen zwischen LIAMCO und dem Königreich Libyen von 1955 wurde eine Schiedsvereinbarung getroffen. 1973 enteigneten die neuen Machthaber in Libyen sämtliche Konzessionsrechte, Förder- und Produktionseinrichtungen der LIAMCO, gestützt auf ein neu erlassenes Enteignungsgesetz. Die Entschädigung sollte nach dem erwähnten Gesetz durch eine dreiköpfige Kommission festgesetzt werden, deren Mitglieder je durch den libyschen Justiz-, Finanz- und Erdölminister bezeichnet werden sollten.

Mitte November 1973 verlangte LIAMCO die Durchführung des Schiedsverfahrens gemäss der Schiedsvereinbarung in den Konzessionsverträgen. Am 12. April 1977 erliess der durch den Präsidenten des Internationalen Gerichtshofes bestimmte Einzelschiedsrichter in Genf ein Schiedsurteil, wonach LIAMCO 80 Mio \$ zugesprochen wurden. Dieses Urteil ist wiedergegeben in YCA 1981, S. 89 ff.

In Frankreich wurde das Schiedsgerichtsurteil anerkannt. 1979 hatte LIAMCO ein Exequatur für das Schiedsgerichtsurteil erhalten. Die darauf gestützte Vermögensbeschlagnahme wurde jedoch kurze Zeit später vom Tribunal de grande Instance de Paris aufgehoben; das Gericht ordnete eine gerichtliche Untersuchung über die Zugehörigkeit der beschlagnahmten Vermögensbestandteile an, da umstritten war, ob es sich dabei um Vermögen aus privatwirtschaftlicher Tätigkeit Libyens und verschiedener libyscher Staatsgesellschaften handelte. Libyen hatte geltend gemacht, "les biens et avoirs saisis sont strictment destinés aux activités de puissance publique de l'Etat libyen", wovon es seine Vollstreckungsimmunität ableitete <sup>5)</sup>.

5) Vgl. Journal de Droit International 1979, S. 857 ff. mit Anerkennung Bruno Oppetit, sowie Annuaire Francais de Droit International 1979, S. 820 ff.

In der Schweiz versagte das Bundesgericht 1980 dem Genfer Schiedsgerichtsurteil im Rahmen eines Arrestverfahrens die Akzeptation mit der Begründung, es fehle an einer genügenden Binnebeziehung zur Schweiz. Dem Schiedsgerichtsurteil war von der Genfer Cour de Justice die Vollstreckbarkeitsbescheinigung erteilt worden, so dass es gem. Art. 44 Konk einem vollstreckbaren schweizerischen Gerichtsurteil gleichstand<sup>6)</sup>.

Anfang 1980 verweigerte der U.S. District Court of Columbia<sup>7)</sup> dem Schiedsgerichtsurteil die Akzeptation. Er berief sich auf Art. V Ziff. 2 lit. a NYU und betrachtete die Streitigkeit nach amerikanischem Recht (Act of State Doctrine, kodifiziert im Foreign Sovereign Immunity Act of 1976) als nicht schiedsfähig, womit das libysche Enteignungsgesetz anerkannt wurde. Die Frage der Passivlegitimierung Libyens vor amerikanischen Justizbehörden wurde in Anwendung des Grundsatzes der beschränkten Immunität<sup>8)</sup> bejaht. Danach hatte Libyen durch die Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung in den Konzessionsverträgen auf seine Immunität verzichtet. Im Mai 1980 hob der Court of Appeals for the District of Columbia auf Berufung LIAMCO's hin sowie auf Intervention der Vereinigten Staaten, der American Arbitration Association, der Handelskammer der USA und anderer, die als Amici Curiae die Berufung LIAMCO's unterstützten, das Urteil der Vorinstanz auf. Dieses Urteil enthält keine Begründung<sup>9)</sup>.

6) BGE 106 Ia 142 ff., insbesondere S. 150.

7) YCA 1981, S. 248 ff.

8) Zur Immunitätseinrede vgl. BGE 106 Ia 142 ff.; YCA 1979, S. 337 (Nr. 24); Journal de Droit International 1979, S. 857. Die letzten zwei Zitate beziehen sich auf den Fall Ipitrade International S.A. c. République Fédérale du Nigéria.

9) Noch während der Rechtshängigkeit der Berufung schlossen Libyen und LIAMCO eine Vereinbarung ab, wonach LIAMCO u.a. alle hängigen Vollstreckungsklagen zurückziehen sollte, was in der Folge auch geschah.

Im Juni 1980 gewährte der SVEA Court of Appeals dem Genfer Schiedsgerichtsurteil in einem 3:2 Entscheid das Exequatur. Libyen hatte sich auch in Schweden einredeweise auf seine Vollstreckungsimmunität, auf die mangelnde Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes sowie auf den schwedischen ordre public berufen. Das Gericht entschied: "... the Court of Appeals orders that the arbitral award rendered in Switzerland between LIAMCO and Libya may be executed as a binding Swedish judgement."

## 2. Aus den Erwägungen des schwedischen Gerichts

"Libya - which otherwise in its capacity as a sovereign State has extensive rights to immunity from the jurisdiction of the courts for Sweden - is deemed to have waived the right to invoke Immunity by accepting the arbitral clause contained in Article 28 of the concession agreements. Nothing which occurred thereafter would lead to a different conclusion.

The issues decided by the award may under Swedish law be decided by arbitrators.

No circumstances are existant which would mean that execution of the award would be manifestly incompatible with the fundamental principles of Swedish law.

The request for enforcement shall therefore be accepted.

## Leitfall VI

Urteil der Corte di Cassazione italiana vom 27. April 1979 i.S. Piersanti c. Compagnia generale costruzioni S.p.a. in Foro italiano 1980 I, S. 190 ff.

## 1. Aus dem Sachverhalt

Marcello Piersanti wurde durch Vertrag vom 29.1.1976 von der Compagnia generale costruzioni S.p.a. (Co. ge. co.) mit Sitz in Rom als Maurer für Arbeiten in Saudi-Arabien angestellt. Im Vertrag wurde u.a. vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis dem saudi-arabischen Recht unterstehen sollte,

und dass allfällige Streitigkeiten bezüglich der Gültigkeit, der Abwicklung oder der Auslegung des Vertrages durch einen Einzelschiedsrichter beurteilt werden sollten, welcher durch den italienischen Konsul in Jeddah zu ernennen war und der ein schriftliches Urteil in Jeddah in italienischer Sprache und unter Berücksichtigung des saudi-arabischen Verfahrensrechts zu erlassen hatte. Im Juni 1976 teilte die Co. ge. co. dem Piersanti schriftlich die Kündigung mit. Anfangs Oktober 1976 klagte Piersanti vor dem Pretore in Rom als Arbeitsrichter mit den Rechtsbegehren, es sei die Ungültigkeit der Kündigung festzustellen und er sei von der Co. ge. co. wiedereinzustellen; ferner sei die Co. ge. co. zur Erstattung des vollen Schadenersatzes zu verpflichten. Eventualiter sei die Co. ge. co. zur Zahlung von 3 vollen Monatslöhnen zu verpflichten. Die Co. ge. co. beteiligte sich am Verfahren, indem sie vorerst die Einrede der Unzuständigkeit des italienischen Richters erhob. Sie berief sich zur Begründung der Einrede auf die Schiedsvereinbarung im Arbeitsvertrag. Die Co. ge. co. führte aus, die Schiedsvereinbarung sei nach Art. II des NYU gültig, da das saudi-arabische Recht, welches infolge der Rechtswahl durch die Parteien auf die Hauptsache anwendbar sei, keinerlei Schranken bezüglich der objektiven Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes kenne.

## 2. Das Urteil

Das italienische Kassationsgericht verneinte in diesem

aufschlussreichen Urteil die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nach italienischem Recht und verwarf die Einrede der Unzuständigkeit. Auf die instruktiven Erwägungen des Gerichts wird im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des NYU in diesem Verfahrensstadum an gegebener Stelle ausführlich eingegangen.

### 3. Kapitel

#### Die materielle Grundlage der objektiven Schiedsfähigkeit im schweizerischen Recht

---

##### I. Die Rechtsnatur der objektiven Schiedsfähigkeit

Bisher wurde die objektive Schiedsfähigkeit als eine Voraussetzung für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung behandelt. Im folgenden ist die dogmatische Einordnung der Schiedsfähigkeit nach schweizerischem Recht vorzunehmen, um damit die Grundlagen für die Qualifikation der objektiven Schiedsfähigkeit im internationalen Schiedsgerichtsbarkeitsrecht zu schaffen.

##### 1. Zur Schiedsvereinbarung und zur objektiven Schiedsfähigkeit im allgemeinen

Nach schweizerischer Lehre und Rechtssprechung ist die Schiedsvereinbarung ein prozessrechtlicher Vertrag<sup>1)</sup>, welcher keine privatrechtlichen Wirkungen erzeugt. Diese Qualifikation der Schiedsvereinbarung kann sich im wesentlichen auf zwei Begründungen stützen. Einmal beschlägt die Schiedsvereinbarung dem Gegenstand nach nicht direkt das Rechtsverhältnis bzw. den Streitgegenstand selbst, sondern vielmehr den Rechtsschutzanspruch, dessen Durchsetzung in den im Prozessrecht

1) vgl. FN 39 1. Kapitel; Guldener, ZPR, S. 601; Walder, S. 24.

umschriebenen Formen zu erfolgen hat. Zum andern liegen die Wirkungen der Schiedsvereinbarung ausschliesslich im prozessualen Gebiet, denn sie schafft eine für die Parteien verbindliche Zuständigkeitsordnung im Verhältnis zu den staatlichen Rechtspflegeorganen, indem sie die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichtes begründet (sog. positive Funktion der Schiedsvereinbarung; Uebertragung der Entscheidungsbefugnis an das Schiedsgericht) und damit die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte ausschliesst (sog. negative Funktion). Die hierfür notwendige Grundlage ergibt sich unmittelbar aus dem Prozessrecht, welches generell die Zulässigkeit, die Schranken und das Verfahren der Schiedsgerichtsbarkeit sowie die Wirkung des Schiedsspruches (Rechtskraft, Vollstreckbarkeit, etc.) regelt.

Aus der prozessrechtlichen Natur der Schiedsvereinbarung ergeben sich im schweizerischen Recht drei Konsequenzen:

1. Als prozessrechtlicher Vertrag untersteht die Schiedsvereinbarung dem kantonalen Zivilprozessrecht<sup>2)</sup>.
2. Die Erfüllung einer Schiedsvereinbarung kann nicht erzwungen werden, da sie keine einklagbaren vertraglichen Pflichten schafft, sondern lediglich prozessuale Lasten<sup>3)</sup>. Dies im Gegensatz zum deutschen Recht, wo der Schiedsvertrag durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes als

2) vgl. zu besonderen Fragen Rüede/Hadenfeldt § 9 II 1.

3) Rüede/Hadenfeldt § 14 II 2.

materiellrechtlicher Vertrag über prozessuale Beziehungen qualifiziert wird<sup>4)</sup>.

3. Fragen der Gültigkeit, der Auslegung, der Vereinbarkeit mit Treu und Glauben, sowie des Dahinfallens der Schiedsvereinbarung können vom Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht überprüft werden. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass bundesrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit der Schiedsvereinbarung nur die Natur (subsidiären) kantonalen Rechts haben<sup>5)</sup>.

Im Zusammenhang mit der Schiedsvereinbarung erhält die objektive Schiedsfähigkeit ihre spezifische Bedeutung und Funktion bei der näheren Bestimmung des Gegenstandes der Schiedsabrede als *essentialia negotii*. Nach schweizerischem Recht können nämlich grundsätzlich Gegenstand einer Schiedsvereinbarung bzw. eines schiedsgerichtlichen Verfahrens nur privatrechtliche Rechtsverhältnisse und Privatrechte bilden, über welche die Parteien frei verfügen können<sup>6)</sup>. Gemeint ist mit der freien Verfügbarkeit über den Anspruch die gerichtliche oder aussergerichtliche Vergleichs- oder Verzichtsfähigkeit durch die Parteien<sup>7)</sup>.

4) BGHZ 23/200

5) BGE 85 II 151, 71 II 16; zu besonderen Fragen Rüede/Hadenfeldt § 9 II 3.

6) Schiedsgerichtsbarkeit und öffentliches Recht scheinen sich schlecht zu vertragen! Vgl. Schlosser, Schiedsgerichtsbarkeit und öffentlich-rechtlich beeinflusste Streitgegenstände, FS für A. Bülow, 1981, S. 189 ff.

7) Guldener, ZPR, S. 603

Im materiellen Privatrecht findet die Parteidisposition über den Anspruch ihre Ausgestaltung insbesondere in der Vertragsfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie, im Zivilprozessrecht in der Dispositionsmaxime<sup>8)</sup> sowie in der Gerichtsstandsprorogation<sup>9)</sup>, im internationalen Privatrecht in der Parteiautonomie<sup>10)</sup>.

Soweit nun das materielle Privatrecht bezüglich des Streitgegenstandes die Herbeiführung einer Rechtswirkung durch privates oder prozessuales Rechtsgeschäft zulässt, soweit ist grundsätzlich auch die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes gegeben. Dem eidgenössischen Recht bleibt es jedoch unbenommen, in bestimmten Fällen die objektive Schiedsfähigkeit und damit die Schiedsgerichtsbarkeit durch zwingende Gerichtsstandsbestimmungen auszuschliessen, selbst wenn die freie Verfügbarkeit über den Anspruch nach dem materiellen Privatrecht gegeben ist<sup>11)</sup>.

Die Kantone dürfen dagegen unter dem Gesichtspunkt der Schiedsfähigkeit keinen Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit vorsehen. Dagegen können

8) Guldener, ZPR, S. 149; Sträuli/Messmer § 54 N 6/14; § 54 Abs. 3 ZPO ZH.

9) Sträuli/Messmer § 11 N 4

10) Vgl. zum Zusammenhang Privatautonomie/kollisionsrechtliche Parteiautonomie Vischer, Internationales Vertragsrecht, S. 28 sowie Keller/Siehr, Einführung in die Eigenarten des IPR, S. 7 ff.

11) Guldener, ZPR, S. 604 FN 49. Die hier angeführte Bestimmung, Art. 21 ZPO Uri, welche m.E. bundesrechtswidrig war, ist durch den Beitritt des Kts. Uri zum Konkordat (1977) aufgehoben worden.

sie den Vorausverzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit aus sozialpolitischen Gründen in bestimmten Streitigkeiten vorsehen, was z.B. im Kanton Zürich bezüglich miet- und arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nicht der Fall ist (GVG 13 Abs. 2 / 18 Abs. 4)<sup>12)</sup>.

Der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit im Bundesrecht geschieht regelmässig durch positivrechtliche Einschränkungen mittels zwingender Bestimmungen über den Vorbehalt staatlicher Gerichtsbarkeit. Keinen Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit bedeutet es, wenn das Bundesrecht für bestimmte Streitigkeiten eine einzige kantonale Instanz vorschreibt. Dies ist beispielsweise auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes der Fall<sup>13)</sup>. Dasselbe gilt dann, wenn das Bundesrecht die Parteien an den 'Richter' verweist<sup>14)</sup>. Dagegen kann der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit durch Vorschriften über die Officialmaxime erfolgen, soweit sie die Dispositionsmaxime im Sinne der freien Verfügbarkeit über den Anspruch beschränkt bzw. ausschliesst, was m.E. nur durch prozessuale Bestimmungen im Bundesrecht geschehen darf (Art. 64 Abs. 3 BV). Dies ist in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nicht der Fall, denn Art. 343 Abs. 4 OR schreibt die Officialmaxime im Sinne der Untersuchungs-

12) Walder § 5 FN 105 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

13) Sträuli/Messmer § 238 N 3 unter Verweisung auf Blum/Pedrazzini, 2. Auflage, Band III Anm. 4 zu Art. 76 PatG. Vgl. auch J. Heberlein, Zivilprozessuale Gerichtsstandsbestimmungen, Diss Zürich 1970, S. 69 f.

14) Leitfall III (S. 28 dieser Arbeit)

maxime nur bezüglich der Sachverhaltsabklärung (Einschränkung der Verhandlungsmaxime) vor, womit die Dispositionsmaxime unangetastet bleibt. An der objektiven Schiedsfähigkeit von Lohnstreitigkeiten vermag m.E. auch die Beschränkung der Verfügungsfähigkeit durch das materielle Recht nichts zu ändern (Verrechnungs-, Abtretungs- und Verpfändungsverbot, Art. 125 Ziff. 2, 164 Abs. 1, 323 b Abs. 2, 325 OR, Art. 899 Abs. 1 ZGB, Art. 93, 197 SchKG), denn an diese zwingenden Normen ist auch ein Schiedsgericht gebunden. Zudem besteht die freie Verfügbarkeit im Sinne der Vergleichsfähigkeit trotz diesen parziellen Beschränkungen auch vor staatlichen Gerichten.

Die Rechtsnatur der objektiven Schiedsfähigkeit im Verhältnis zur Schiedsvereinbarung ist weder positivrechtlich noch durch Lehre und Rechtsprechung klar definiert worden. Für die Rechtsanwendungsfrage im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren aber auch für die Kompetenzausscheidung zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht erhält die Rechtsnatur der objektiven Schiedsfähigkeit eine grosse Bedeutung. Bei der folgenden Untersuchung wird die Arbeit gegenständlich auf die durch den eidgenössischen Gesetzgeber geregelten, privatrechtlichen Materien beschränkt. Der Grund dafür liegt in der praktischen Bedeutungslosigkeit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des gemäss Art. 5 Abs. 1 ZGB den Kantonen vorbehaltenen Zivilrechts.

2. Bundesrecht und kantonales Recht im Zusammenhang mit der objektiven Schiedsfähigkeit

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist Teil der staatlichen Gerichtsorganisation<sup>15)</sup>. Die Gesetzgebungskompetenz über das Schiedswesen liegt demnach gemäss Art. 64 Abs. 3 BV bei den Kantonen, welche vorbehältlich staatsvertraglicher Abkommen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit sowie bundesrechtlicher Minimalgarantien (Art. 4, 58, 61 BV) und zwingender Zuständigkeitsvorschriften des Bundes zugunsten der staatlichen Gerichtsbarkeit in der Ordnung des Schiedswesens frei sind.

Aus der originären Gesetzgebungskompetenz der Kantone im Bereich des Zivilprozessrechts und der Gerichtsbehördenorganisation ergibt sich im Rahmen des kantonalen Verfassungsrechts (vgl. z.B. Art. 58 KV ZH, wo die Schiedsgerichtsbarkeit garantiert wird) die Zulässigkeit kantonaler Vorschriften über den Ausschluss oder die Beschränkung von Schiedsgerichten als 'Gerichtsbehörden' in einzelnen Materien. Mit dieser Feststellung ist die Frage nach der Rechtsnatur der objektiven Schiedsfähigkeit allerdings noch nicht beantwortet, denn offen bleibt, woraus sich die Arbitrabilität *ratione materiae* im Sinne der Vergleichs- und Verfügungsfähigkeit des Anspruchs als selbstständige Voraussetzung für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ergibt. Auch die Qualifikation der Schiedsvereinbarung als prozessrechtlicher Vertrag lässt keine direkten Schlüsse auf die Rechtsnatur

15) Walder § 40 N 1; Rüede/Hadenfeldt § 1 III.

der objektiven Schiedsfähigkeit zu, denn nach Prozessrecht (und ersatzweise analog nach Bundesprivatrecht) beurteilen sich lediglich die formelle und vertragsrechtliche Gültigkeit der Schiedsvereinbarung. Dabei kommt bundesrechtlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit der Schiedsvereinbarung nur die Natur (subsidiären) kantonalen Rechts zu<sup>16)</sup>, was auch für materiellrechtliche Vorfragen gilt (z.B. rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zum Abschluss einer Schiedsabrede)<sup>17)</sup>. Aus diesem Grund ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch eine Berufung an das Bundesgericht gegen ein kantonales Urteil, welches die Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts infolge Bestehens einer Schiedsvereinbarung verneint, unzulässig<sup>18)</sup>.

Bei dieser Sachlage könnte man nun geneigt sein, auch die Verfügbarkeit des Anspruchs als (materiellrechtliche) Vorfrage zur prozessualen Hauptfrage nach der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung zu betrachten, mit der Folge, dass diese Vorfrage dem kantonalen Recht zuzuordnen wäre. Diese Folgerung könnte ihre Stütze zudem de lege lata auch darin finden, dass die Verfügbarkeit des Anspruchs als Voraussetzung für die Zulässigkeit von Schiedsabreden in Art. 5 des Konkordates sowie in den meisten Prozessgesetzen der Nichtkonkordatskantone genannt wird<sup>19)</sup>.

16) BGE 71 II 116, 85 II 151.

17) BGE 101 II 171 f., 96 I 340; Rüede/Hadenfeldt § 9 II.

18) BGE 41 II 537.

19) § 214 ZPO TG, § 356 Abs. 1 ZPO AG, Art. 351 ZPO GL, § 364 ZPO LU. Gemäss Art. 422 der neuen ZPO des Kantons Aargau, welche am 1.1.1987 in Kraft tritt, wird der Regierungsrat ermächtigt, den Beitritt zum Konkordat zu erklären.

Diese formellen Kriterien werden dem Problem allerdings nicht gerecht und sind abzulehnen, denn die Frage, ob ein Anspruch frei verfügbar und damit schiedsfähig ist oder nicht, beurteilt sich materiell ausschliesslich nach Bundesrecht, soweit bundesprivatrechtliche Ansprüche und Rechtsverhältnisse Gegenstand des Schiedsverfahrens sind (vgl. die Ausführungen unter 3. sowie Leitfall II und BGE 71 II 180). Die Verweisung der kantonalen Prozessgesetze auf das Erfordernis der Verfügbarkeit des Anspruchs als bundesrechtliche Voraussetzung für die Gültigkeit der im übrigen nach kantonalem Recht zu beurteilenden Schiedsvereinbarung hat somit lediglich deklaratorische Bedeutung. Das Bundesprivatrecht ist hier im Gegensatz z.B. zu Fragen in Bezug auf die allgemeine Wirksamkeit eines Gerichtsstands- oder Schiedsvertrages - nicht kraft kantonalen Rechts bloss subsidiär zur Anwendung zu bringen, sondern die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes stellt sich hier als materiellrechtliche Vorfrage des Bundesrechts, welche für die Gültigkeit des Schiedsvertrages alsdann präjudiziell ist. Daraus erklärt sich auch die Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht für diese selbständige Vorfrage.

3. Die Grundlage der objektiven Schiedsfähigkeit im materiellen Bundesrecht

Wie schon angetönt, hängt die objektive Schiedsfähigkeit eng mit dem materiellen Anspruch zusammen. Die Grundlage der Arbitrabilität liegt im materiellen Recht:

Die private Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt im Sinne der

Befugnis der Parteien, ihre Rechtsbeziehung inhaltlich zu gestalten, beruht auf der Privatautonomie. Gestützt auf die deutsche Lehre leiten Rüede/Hadenfeldt die generelle Zulässigkeit der privaten Schiedsgerichtsbarkeit vom Satz ab, "ein Staat, der seinen Bürgern die Regelung ihrer privatrechtlichen Beziehungen überlässt, würde seinen eigenen Prinzipien untreu werden, wenn er es den Beteiligten verwehren würde, ihre Beziehungen zwar durch Rechtsgeschäft, nicht aber auch durch einen privaten Schiedsspruch zu ordnen"<sup>20)</sup>.

Im rechtsgeschäftlichen Bereich findet die Privatautonomie ihre wichtigste Konkretisierung in der Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR). Art. 19 OR gilt sinngemäss über den rechtsgeschäftlichen Bereich hinaus für das gesamte Zivilrecht (Art. 7 ZGB)<sup>21)</sup>. Naturgemäss kann die private Schiedsgerichtsbarkeit nicht weiter gehen, als ihre Grundlage, die Privatautonomie<sup>22)</sup>. Diese kann ihre Geltung nur dort beanspruchen, wo die Rechtsordnung die freie Verfügbarkeit des materiellen Anspruchs anerkennt. Daraus ergibt sich der direkte Zusammenhang zwischen Privatautonomie und objektiver Schiedsfähigkeit.

Demgemäss ergeben sich die Schranken für die gegenständliche Bestimmung der objektiven Schiedsfähigkeit aus den analogen Anwendungen von Art. 19 Abs. 2 OR. Die freie Verfügbarkeit ist mithin überall dort ausgeschlossen, wo zwingendes Recht, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten sowie das

20) Rüede/Hadenfeldt § 2 I.

21) Meier-Hayoz, Einleitungsartikel (Vorlesungsskriptum), 3. Auflage, Zürich 1979, §8.

22) zur Privatautonomie von Tuhr/Peter, Bd. I, S. 247 ff.

Persönlichkeitsrecht einer oder beider Parteien entgegenstehen, wo es sich mit anderen Worten um Rechte handelt, auf die dessen Träger nicht verzichten kann (Erlass, Anerkennung oder Vergleich)<sup>23)</sup>. Da zwingende Rechtssätze des Bundesrechts die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes ausschliessen und damit die Unwirksamkeit (Rechtswidrigkeit) der Schiedsvereinbarung bewirken können, muss die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit durch staatliche Gerichte, welche infolge Uneinigkeit der Parteien über die Wirksamkeit der Schiedsabrede mit der Sache befasst sind, von Amtes wegen geprüft werden. Dies ergibt sich für die Anwendung zwingenden Rechts aus dem allgemeinen Prinzip der Rechtsanwendung (*iura novit curia*). Zudem kann die mangelnde objektive Schiedsfähigkeit Bedeutung im Hinblick auf die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts erlangen. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit als Prozessvoraussetzung ist in der Regel von Amtes wegen zu prüfen<sup>24)</sup>. Die Prüfungspflicht der staatlichen Gerichte von Amtes wegen bezieht sich allerdings nur auf die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes, nicht aber auf die Schiedsabrede schlechthin, denn die Schiedsvereinbarung stellt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung - auch wenn sie nach ausländischem Recht zu beurteilen ist - ein Prozesshindernis dar, welches nur auf Einrede hin zu beachten ist<sup>25)</sup>. Dies

23) Beruft sich der Beklagte zu seiner Verteidigung auf Rechte, auf welche er nicht frei verzichten kann, so schliesst dies die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nicht a priori aus, SJZ 56, S. 314 Nr. 110; Guldener, ZPR, S. 603 FN 46.

24) Für Zürich zwingend so geregelt in § 108 ZPO ZH; Sträuli/Messmer § 108 N 8; ZPR, S. 220 ff.

25) Guldener, ZPR, S. 224 FN 25; Rüede/Hadenfeldt § 14 I 3a). Rechtsprechung zitiert bei Rüede/Hadenfeldt, a.a.O. S. 67 FN 11.

scheint m.E. unbedenklich zu sein, denn formelle oder materielle Mängel der Schiedsvereinbarung können durch Parteihandlungen geheilt werden, nicht dagegen die fehlende Arbitrabilität.

## II. Die Schranken der objektiven Schiedsfähigkeit im schweizerischen Recht

---

### 1. Vorbemerkungen

Mit der Frage nach den Schranken der objektiven Schiedsfähigkeit stossen wir auf den materiellen Kern dieses Kapitels, denn sie steht in direkter Wechselbeziehung zur rechtspolitisch und rechtssoziologisch grundlegenden Frage nach den Grenzen der das Privatrecht beherrschenden Privatautonomie. Die Lehre von der Privatautonomie (als auf Rechtsgeschäft beruhender privat-willkürlicher Rechtssetzungsbefugnis) und deren Grenzen hat - ganz der privatrechtlichen Tradition folgend - ihre verdienstvolle Ausgestaltung und Bearbeitung bis nach dem Ersten Weltkrieg vorwiegend im Hinblick auf die Rechtsmacht der Einzelpersonen bezüglich Begründung und Nichtbegründung von gesetzlich fest umschriebenen Rechten und Pflichten und der inhaltlichen Ausgestaltung ihrer privatrechtlichen Rechtsverhältnisse erfahren. Diese seit dem Ersten Weltkrieg einhergehende Struktur- und Funktionswandlung des Privatrechts, welche sich auch auf das Internationale Privatrecht ausgewirkt

hat<sup>26)</sup>, hat den Blick über das enge, auf dem Parteiwillen beruhende vinculum iuris rechtsgeschäftlich verbundener Einzelpersonen hinaus eröffnet. Hinzuweisen ist hier auf die gesetzgeberischen "Flut" von Missbrauchs- und Sozialgesetzgebung mit all ihren zwingenden Normen in angestammten Bereichen des Privatrechts, welche das Privatrecht aus seiner ursprünglichen Konzeption drängt. Die Auswirkungen dieser Entwicklung auf den ganzen Privatrechtsbereich sind unverkennbar<sup>27)</sup>.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang aber auch die stets zunehmende öffentlich-rechtliche wirtschafts- und ordnungspolitische Eingriffs- und Lenkungsgesetzgebung der westlichen, marktwirtschaftlich orientierten Staaten, welche bis hin zu höchst politisch motivierten ausenwirtschaftsrechtlichen Staatinterventionen in privatrechtliche Rechtsverhältnisse führt<sup>28)</sup>.

Im Internationalen Privatrecht hat die Bedeutung ausländischen Interventionsrechts (lois de police, lois politiques) eine bis zur Stunde noch anhaltende Auseinandersetzung und Diskussion in Lehre und Rechtsprechung ausgelöst<sup>29)</sup>. Darauf

- 26) Vgl. statt vieler G. Kegel, The Crisis of Conflict of Laws, Recueil des Cours 1964, Bd. II, Ch. Joerges, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts. Die "Governmental Interest Analysis" und die "Krise des Internationalen Privatrechts". Tübingen/Berlin 1971 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 38).
- 27) "Soziales Privatrecht im sozialen Rechtsstaat". Vgl. statt vieler J. Schmude, Bundesminister der Justiz, in NJW 1982, S. 2017 ff. Eine Stellungnahme zur Diskussion über die deutsche Schuldrechtsrevision mit vielen Hinweisen.
- 28) Vgl. z.B. den Sensor-Fall zum amerikanischen Pipeline-Embargo, in RabelsZ 1983, S. 141 ff.
- 29) Statt vieler A. Heini, Privat- oder "Gemein"-Interessen im IPR, ZSR 92 (1973) I, S. 381 ff.; derselbe, Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht, ZSR 100 (1981), S. 65 ff.; F.A. Mann, Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im Internationalen Privatrecht, FS Beitzke, Berlin/New York 1979, S. 607 ff.; derselbe, Eingriffsgesetze und Internationales Privatrecht, FS E. Wahl, Heidelberg 1978, S. 139 ff.

wird im 5. Kapitel zurückzukommen sein.

Diese beiden kurz skizzierten Entwicklungstendenzen, welche letztlich die Privatautonomie, insbesondere die Vertragsfreiheit unmittelbar tangieren, müssen bei der Frage nach den Schranken der objektiven Schiedsfähigkeit auch aus schweizerischer Sicht berücksichtigt werden.

Im folgenden sind nun die Schranken der objektiven Schiedsfähigkeit im einzelnen darzustellen. Dabei ist hervorzuheben, dass Gegenstand der folgenden Ausführungen vorerst rein innerschweizerische Fallkonstellationen ohne jeglichen Auslandsbezug sind.

## 2. Die Bedeutung von Art. 19, Abs. 2 OR als Schranke für die objektive Schiedsfähigkeit

### 2.1 Die Vertragsfreiheit

Das schweizerische Obligationenrecht hat bezüglich des Inhalts der Schuldverträge den Grundsatz der Vertragsfreiheit in Art. 19 Abs. 1 anerkannt. Die Vertragsfreiheit ist Ausfluss der Privatautonomie<sup>30)</sup>. Das Institut der Privatautonomie selbst hat im schweizerischen Recht keine ausdrückliche, gesetzliche Regelung gefunden, doch wird sie stillschweigend vorausgesetzt<sup>31)</sup>.

30) Von Tuhr/Peter, Bd. I, S. 248.

31) F. Wiget, Oeffentliche Ordnung, S. 2 FN 3 mit Hinweisen auf andere Rechtsordnungen.

Die vertragsrechtliche Ermächtigungsnorm zur privaten Rechtssetzungsbefugnis kann aus der in Art. 31 ff. BV garantierten Handels- und Gewerbefreiheit für den privatrechtlichen Bereich abgeleitet werden<sup>32)</sup>. Die rechtsgeschäftliche Freiheit umfasst innerhalb der in Art. 19 Abs. 1 OR statuierten Teilfreiheit der inhaltlichen Gestaltung auch die Freiheit der schiedsgerichtlichen Streitbeilegung, soweit der materielle Anspruch die Eigenschaft der objektiven Schiedsfähigkeit aufweist, was sich - wie oben bereits dargelegt - aus dem Bundesprivatrecht ergibt.

Bei dieser mittels der objektiven Schiedsfähigkeit gewonnenen Verknüpfung der Schiedsvereinbarung mit dem materiellen Anspruch stellt sich die Frage, ob an der Qualifikation der Schiedsabrede als prozessrechtlicher Vertrag festgehalten werden soll. Die objektive Schiedsfähigkeit beschlägt den Inhalt der Schiedsabrede (*essentialia negotii*). Wie sich jedoch bei internationalen Schiedsvereinbarungen besonders deutlich zeigt, liegen die Hauptwirkungen gerade unter dem Gesichtspunkt der objektiven Schiedsfähigkeit auf prozessuellem Gebiet, indem sich die Staaten unabhängig der Qualifikation der Schiedsvereinbarung die Prüfung der Vereinbarkeit einer Schiedsklausel mit ihrem Rechtspflegemonopol regelmässig vorbehalten. Auch streng dogmatisch gesehen wird man kaum soweit gehen können, die Form der Streiterledigung einer eigentlichen Verfügung über den materiellen Anspruch gleichsetzen zu können. Bleibt schliesslich zu fragen, worin eigentlich der Vorteil der materiell-rechtlichen Qualifikation zu sehen ist, denn auch die Vertreter der materiell-rechtlichen Natur der Schiedsvereinbarung kommen an den überaus wichtigen prozessualen Wirkungen des Schiedsvertrages nicht vorbei. Ob die Berufungsmöglichkeit an das Bundesgericht im Interesse der Schiedsgerichtsbarkeit liegt (noch ein Rechtsmittel mehr!), kann bezweifelt werden.

Fragen wir nach den Schranken der objektiven Schiedsfähigkeit, so haben wir uns an den in Art. 19 Abs. 2 gesetzten Schranken zu orientieren, wobei es sich nur um eine dem spezifischen Wesen der Schiedsfähigkeit Rechnung tragende, analoge Auslegung dieser Bestimmung handeln kann.

32) Von Tuhr/Peter, Bd. I, S. 248.

## 2.2 "Unabänderliche Vorschriften" und "öffentliche Ordnung"

Ueber die Bedeutung von Art. 19 Abs. 2 OR, welcher erst 1911 bei der Revision des OR ins Gesetz aufgenommen wurde, ist in der Lehre eine Kontroverse entstanden<sup>33)</sup>.

Bucher<sup>34)</sup> bezeichnet die Formel von Art. 19 Abs. 2 OR als "eine Neuerung des revidierten OR von 1911 und eine Besonderheit des schweizerischen Rechts, die indessen keine praktische Bedeutung besitzt". Der überwiegende Teil der Lehrmeinungen schreibt OR 19 Abs. 2 eine rein euristische Funktion bei der Ermittlung zwingenden Gesetzesrechts zu. Danach ist OR 19 Abs. 2 bloss Auslegungsnorm für Art. 20 Abs. 1 OR<sup>35)</sup>. Dabei sind "öffentliche Ordnung" und "Persönlichkeitsrecht" Unterbegriffe der "guten Sitten".

Im Zusammenhang mit der objektiven Schiedsfähigkeit erhält der Begriff der öffentlichen Ordnung (*ordre public interne*) eine zentrale Bedeutung. Materiellrechtlich nicht geregelt ist, welche Rechtsverhältnisse der Dispositionsbefugnis der Parteien unterliegen. Weder das Zivilgesetzbuch (inkl. OR) noch andere privatrechtliche Erlasse enthalten positivrechtliche Vorschriften darüber, was einem Vergleich unterliegen kann. Eine Grenzziehung für die objektive Schiedsfähigkeit ist daher bei analoger Anwendung von Art. 19 Abs. 2 OR nur negativ möglich:

- 33) Vgl. zum ganzen v.a. die minutiöse Exegese von Art. 19 OR von G. Brogгинi, *Ordine pubblico e norme imperative quale limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero*, FS Schönenberger, 1968, S. 93 ff.
- 34) E. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, S. 214.
- 35) Ausführlich dazu Brogгинi, op.zit.in FN 33, S. 104 ff. mit Hinweisen auf die Lehre.

Die Verfügbarkeit des Anspruchs ist dann zu verneinen, wenn der Dispositionsbefugnis der Parteien zwingende Rechtssätze (unabänderliche Vorschriften) entgegenstehen. Welches sind nun aber die zwingenden Rechtssätze, die die objektive Schiedsfähigkeit ausschließen?

Eine generelle Beantwortung dieser Frage fällt schwer. Es sind daher Kriterien zu finden, welche es erlauben, im Blick auf den Gesamtzusammenhang und die Einheit der Rechtsordnung von Fall zu Fall die Verfügungsbe-  
fugnis der Parteien bzw. den Vorbehalt zu Gunsten der staatlichen Gerichtsbarkeit festzustellen. Dabei wird man feststellen, dass in einzelnen Fällen eine Schieds-  
abrede in einer an sich schiedsfähigen Sache infolge spezifischer öffentlicher Regelungsinteressen ausgeschlossen wird.

Das staatliche Rechtspflegemonopol beruht auf rechtspolitischen Wertentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers. Eine Durchbrechung dieses Monopols ist nur dort zulässig, wo durch die Schiedsgerichtsbarkeit nicht in im öffentlichen Interesse geschützte Rechtssphären eingegriffen wird, zu deren Schutz einzig die staatliche Rechtspflege, welche einer besonderen, öffentlichen Kontrolle unterworfen ist, berufen ist. Das öffentliche Interesse (staatliches Regelungsbedürfnis) umfasst dabei den Schutz der Individualsphäre einerseits und den Schutz der öffentlichen Ordnung andererseits. So wie Art. 19 Abs. 2 OR die Geltung von Rechtsgeschäften verhindert, die für die Rechtsgemeinschaft

unerträglich sind, so bietet Art. 19 Abs. 2 OR eine Auslegungsregel für die Bestimmung der objektiven Schiedsfähigkeit. Mithin sind schiedsunfähig alle jene Streitgegenstände, die um der öffentlichen Ordnung und des Individualschutzes Willen der Beurteilung durch staatliche Gerichte vorbehalten bleiben müssen. In diesen Materien kann es keinen Wettbewerb zwischen der staatlichen und der Schiedsgerichtsbarkeit geben.

Diese Feststellung ruft nach einer Umschreibung des Begriffs der öffentlichen Ordnung, wie er als Beschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit zugrunde liegt.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind all jene Normen und Rechtsgrundsätze der öffentlichen Ordnung zugehörend, welche konstitutiv für die Verwirklichung einer bestimmten gesellschaftspolitischen Ordnung sind und an deren Einhaltung die Rechtsgemeinschaft um ihrer Freiheit, Ordnung und ihres Fortbestandes Willen ein Interesse hat. Auf der rechtsethischen Ebene verkörpert die öffentliche Ordnung das Minimum an gemeinsamer, pluralistischer Wertung und Wertvorstellung. Die öffentliche Ordnung, welche ihren rechtlichen Niederschlag in zunehmender Masse in gesetzlichen Vorschriften findet (vgl. die Vorbemerkungen), kann dementsprechend aus der der herrschenden Wirtschafts- und Sozialordnung immanenten Rechtsethik abgeleitet werden<sup>36)</sup>. Damit wird auch auf die "guten Sitten" als Wertungsmassstab verwiesen<sup>37)</sup>.

36) NJW 1975, S. 2073.

37) Zum Konnex "gute Sitten" und "öffentliche Ordnung" besonders K. Simitis, Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960.

Dieses Begriffs- und Funktionsverständnis der öffentlichen Ordnung, welche neben der Individualschutzverwirklichung auch den Schutz der staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung bezweckt, führt zur Abhängigkeit des privatrechtlichen ordre public von verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen. Der privatrechtliche ordre public-Begriff als Schranke von Privatautonomie und Vertragsfreiheit konkretisiert den allgemeinen Vorbehalt der verfassungsmässigen Ordnung im Privatrecht<sup>38)</sup>. Aus diesen allgemeinen Ausführungen erhellt ohne weiteres, dass der privatrechtliche ordre public auch den sog. ordre public économique beinhaltet<sup>39)</sup>. In der Rechtswirklichkeit hat die staatliche Lenkung und Ueberwachung des Wirtschaftsgeschehens durch Verfassungsauftrag geradezu gigantische Ausmasse angenommen. Angesichts dieser Realien ist es wohl nur noch eine Frage der Zeit, bis die sog. Drittwirkung der Grund- und Verfassungsrechte im Privatrecht auch von der herrschenden Lehre anerkannt wird. Das Bundesgericht hat den Schritt im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Streitigkeiten (Boykott) bereits vollzogen (BGE 82 II 301 f.; 86 II 376 f.).

Die funktionelle Konzeption des ordre public im hier verstandenen Sinn dient dem Richter zur Abgrenzung der schiedsfähigen von den nicht schiedsfähigen Materien. Die private Schiedsgerichtsbarkeit ist in jenen Bereichen eingeschränkt oder ausgeschlossen, wo Streitgegenstand fundamentale privatrechtliche Rechtsinstitute und die ihnen zugrunde liegenden

38) Dazu statt aller K. Simitis, op.zit. in FN 37, S. 207.

39) K. Simitis, S. 90 f.

Rechtsprinzipien sind, welche sich aus der durch die Verfassung vorgegebene ordnungspolitische Organisationsform der staatlichen Gemeinschaft ergeben. Wie Simitis in seiner hervorragenden Analyse über den ordre public nachgewiesen hat, dehnt sich dabei der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung weit über die sog. droits extrapatrimoniaux aus<sup>40)</sup>. Damit gelangen wir zur Feststellung, dass das Kriterium der freien Verfügbarkeit über vermögensrechtliche Ansprüche zur Bestimmung der objektiven Schiedsfähigkeit allein nicht ausreicht. Wie die schweizerische Gesetzgebung in bestimmten privatrechtlichen Gebieten bereits belegt, tritt gleichgeordnet neben das Erfordernis der freien Verfügbarkeit des Anspruchs jenes der Vereinbarkeit einer Schiedsvereinbarung mit dem ordre public (interne)<sup>41)</sup>, inkl. ordre public économique, wie die folgenden Beispiele zeigen.

- Art. 22 des BB über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30.6.1972:

Die Parteien dürfen bei Wohnungsmieten die Zuständigkeit der Schlichtungsstellen und der richterlichen Behörden im Sinne dieses Beschlusses nicht durch vertraglich vereinbart Schiedsgerichte ausschliessen. Art. 26 Abs. 3 ist vorbehalten.

- Art. 11 des BG über den Handelsreisenden vom 4.10.1930:

Vereinbarungen mit Kleinreisenden, die beim Aufsuchen von Bestellungen abgeschlossen werden und womit der Käufer auf seinen ordentlichen Gerichtsstand verzichtet, sind nichtig. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu berücksichtigen.

40) K. Simitis, S. 90 f.

41) Auf die enorm wichtige Diskussion über den an Bedeutung stets zunehmenden Begriff der öffentlichen Ordnung i.S. von Art. 19 Abs. 2 OR kann im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden. Im Hinblick auf die deutsche Lehre zu § 138 BGB ist es allerdings erstaunlich, festzustellen, wech "Schattendasein" die schweizerische Privatrechtsdoktrin und Rechtsprechung dem Begriff der öffentlichen Ordnung, der immerhin in OR 19 Abs. 2 verwendet wird, beschieden hat. Der Hinweis, Art. 19 Abs. 2 OR sei eine gesetzgeberische Panne, vermag die Diskussion nicht fruchtbarer zu machen und schon gar nicht, OR 19 Abs. 2 als lex non scripta zu deklarieren (vgl. z.B. E. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 218 ff.).

- Art. 27 Abs. 2 des BG über die Anlagefonds vom 1.7.1966:

Gerichtsstand und Schiedsgerichtsbarkeit:

- 1) Die Zivilklage der Anleger gegen Fondsleitung und Depotbank sowie gegen die in Art. 14 Abs. 4 und in 25 genannten Personen können beim Richter am Sitze der Fondsleitung angebracht werden.
- 2) Die Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Kollektivanlagevertrag kann nicht zum voraus einem Schiedsgericht übertragen werden.

- Art. 226 I. OR (Abzahlungskauf):

Der in der Schweiz wohnhafte Käufer kann für die Beurteilung von Streitigkeiten aus einem Abzahlungsvertrag nicht im voraus auf den Gerichtsstand an seinem Wohnsitz verzichten oder mit dem Verkäufer einen Schiedsgerichtsvertrag abschliessen.

- Art. 228 OR (Vorauszahlungsvertrag):

Die für den Abzahlungsvertrag geltenden Vorschriften über die Zustimmung des Ehegatten beziehungsweise des gesetzlichen Vertreters (226b), das Recht des Käufers auf den Vertragsabschluss zu verzichten (226c), die Abtretung von Ansprüchen (226e), die Einreden des Käufers (226f), die Stundung durch den Richter (226k) sowie über Gerichtsstand und Schiedsgericht (226l) finden auch auf den Vorauszahlungsvertrag Anwendung. Die Vorschriften über den Vorauszahlungsvertrag gelten sinngemäss, wenn die Lieferfrist bei einem Abzahlungsvertrag mehr als ein Jahr beträgt oder von unbestimmter Dauer ist und der Käufer vor der Lieferung der Ware Zahlungen zu leisten hat.

- Art. 15 Abs. 1 und 2 Kartellgesetz:

- 1) Verträge oder Beschlüsse, welche die Beurteilung künftiger Streitigkeiten über die Entstehung, Gültigkeit und Beendigung von Kartellverpflichtungen oder über Massregelungen gemäss Art. 14 einem Schiedsgericht übertragen, sind nichtig, wenn sie nicht jedem Beteiligten das Recht geben, im Einzelfalle beim ordentlichen Richter zu klagen oder binnen dreissig Tagen seit der Zustellung der Klage die Entscheidung durch den ordentlichen Richter zu verlangen.
- 2) Werden in anderen Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht Ansprüche im Sinne von Abs. 1 geltend gemacht, so ist das Schiedsgericht auch zu deren Beurteilung zuständig, sofern die Partei, welche die Ansprüche geltend macht, nicht binnen dreissig Tagen beim ordentlichen Richter Klage führt.

- Entwurf des Schweizerischen Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 12. Juni 1978: Art. 228:

Die für den Abzahlungskauf geltenden Bestimmungen über die Ausdehnung des Geltungsbereichs, ..... sowie über Gerichtsstand und Schiedsgericht (Art. 226 r) gelten sinngemäss auch für den Vorauszahlungskauf.

- Innerhalb dieses Entwurfes neu: Art. 318v:

Der in der Schweiz wohnhafte Kreditnehmer kann nicht zum voraus darauf verzichten, Streitigkeiten aus dem Kleinkreditvertrag vom ordentlichen Richter beurteilen zu lassen.

- Art. 18 des Entwurfes zu einem BG über den Kleinkredit vom 14.8.1974:

Zum voraus vereinbarte Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsklauseln können dem in der Schweiz wohnhaften Bürger nicht entgegengehalten werden.

Im Bereich der droits extrapatrimoniaux wird der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit bisweilen damit begründet, dass hier regelmässig öffentliche Interessen oder Interessen Dritter mit im Spiele seien. Dritte hätten eine Beeinträchtigung ihrer Interessen nur dann hinzunehmen, wenn sie von staatlichen Behörden ausgehen<sup>42)</sup>. Bei einer genaueren Analyse dieser zutreffenden Begründung stossen wir letztlich wiederum auf den allgemeinen Vorbehalt der öffentlichen Ordnung.

Die Verwirklichung und der Schutz fundamentaler Rechtspositionen des Privatrechts, welche konstitutiv für die Verwirklichung der massgebenden ordnungspolitischen Auffassung und Ziele des Verfassungsgesetzgebers sind, können also aus Gründen der öffentlichen Ordnung nicht durch Parteiwillkür privaten Schiedsrichtern übertragen werden. Das leuchtet ohne weiteres ein, soweit es sich um Fragen des Persönlichkeitsschutzes, des Personen- und Familienstandes, der erb- und sachrechtlichen Verhältnisse geht. Es besteht nun m.E. überhaupt kein Anlass, jene Normen und Grundsätze, welche den Schutz der wirtschaftlichen Freiheit des Individuums - und damit den Schutz der Vertragsfreiheit - einerseits und der Freiheit des geordneten Wettbewerbs andererseits bezwecken, einfach vom Gefüge der öffentlichen Ordnung auszunehmen und unter Berufung auf die Involvierung rein privater Parteiinteressen der Schiedsgerichtsbarkeit völlig freies Feld zu lassen. Gehört denn die handels- und wirtschaftsrechtliche "Hygiene" - und zwar sowohl unter den Gewerbetreibenden unter sich, wie auch im Verhältnis zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern sowie dem Staat - nicht zur öffentlichen Ordnung, soweit sich private Rechtsgeschäfte auf

42) Rüede/Hadenfeldt § 10 II 3a).

wirtschafts-, sozial- und fiskalpolitische Zielsetzungen und Zweckverwirklichung auswirken?

Sollen krasse Verstösse gegen die Lauterkeitsregeln im Wettbewerb unbeschränkt Schiedsgerichten zur Beurteilung überlassen werden, möglichst noch Verbandsschiedsgerichten?

Wie die oben angeführten Beispiele aus der schweizerischen Gesetzgebung glauben machen könnten, ist der Anwendungsreich des Vorbehaltes der öffentlichen Ordnung nur auf die sog. Konsumverträge und auf Verträge über existentielle Rechtsverhältnisse (Miete, Arbeit) beschränkt. Diese Ansicht ist in zweierlei Hinsicht zu präzisieren. Einmal ist festzuhalten, dass das Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, welches für jedes rechtsgeschäftliche Handeln gilt (Art. 2 Abs. 2 ZGB), sowie das Gebot des Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 ZGB) ebenfalls Bestandteil der öffentlichen Ordnung sind und somit im Einzelfall zum Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit führen können, soweit eben ein Verstoß gegen diese tragenden Rechtsprinzipien vorliegt (vgl. Leitfall II).

Zum andern darf nicht vergessen werden, dass auch bei rein kommerziellen Vertragsverhältnissen, wo von einer echten "Waffengleichheit" der Vertragspartner ausgegangen werden kann (eine sachlogisch und konzeptionelle Voraussetzung für die in Art. 19 Abs. 1 OR statuierte Vertragsfreiheit!), der Vertragsinhalt gegen die öffentliche Ordnung im hier verstandenen Sinn verstossen kann.

Es ist dem Verfasser dieser Arbeit wohl bewusst, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der öffentlichen Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR gewissermassen zum Einfallstor für die Dritt-

wirkung der verfassungsmässigen Grundrechte und deren Schranken im Vertragsrecht wird. Manche Skeptiker mögen diesem Postulat die Gefahr der Schaffung erhöhter Rechtsunsicherheit im Vertragsrecht und in der Schiedsgerichtsbarkeit vorwerfen. Doch warum misstraut man dem Richter nicht auch bei der Inhaltsbestimmung anderer unbestimmter Rechtsbegriffe, und weiter, was geht vor Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit? Eine alte Streitfrage!

### 2.3 Öffentliche Ordnung und kantonales Recht

Die öffentliche Ordnung als Schranke der Privatautonomie und somit der objektiven Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes gehört begrifflich dem Bundesrecht an. Das gilt auch für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Darauf ist im 5. Kapitel zurückzukommen.

Den Begriff der öffentlichen Ordnung abschliessend zu bestimmen, ist unmöglich. Die Beschränkungen rechtsgeschäftlicher Betätigung durch den *ordre public interne* im einzelnen festzulegen obliegt allein dem Richter, der sich auf dem Wege der Erkenntnislückenfüllung an den Wertentscheidungen der in Frage stehenden Gesetze und Prinzipien zu orientieren hat. Vereinzelt finden sich bundesrechtliche Normen über die Beschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit (vgl. vorne 2.2). Daneben kann die teleologische Auslegung von zwingenden bundesrechtlichen Gerichtsstandsbestimmungen den Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit indizieren (z.B. ZGB Art. 144)<sup>43)</sup>.

43) Rüede/Hadenfeldt § 10 III; Uebersicht über die zwingenden bundesrechtlichen Gerichtsstandsbestimmungen bei H.U. Walder, Zivilprozessrecht, S.111 ff.

Der liberalen Tradition der Schweiz folgend, kennen alle Kantone die Schiedsgerichtsbarkeit. Es gibt allerdings keinen bundesrechtlichen Satz, der den Kantonen die Einrichtung des Schiedswesens vorschreibt (Art. 64 Abs. 3 BV). Wenn die Kantone aber die Schiedsgerichtsbarkeit eingeführt haben, so sind sie m.E. bei deren Beschränkung (z.B. im Sinne kantonaler Vorschriften über das Verbot des Vorausverzichts auf die staatliche Gerichtsbarkeit oder des absoluten Vorrangs der staatlichen Gerichte) an die Schranken von Art. 6 ZGB in Verbindung mit Art. 2 Uebergangsbestimmungen BV gebunden. Daraus ergeben sich namentlich folgende Kautelen, an die sich die Kantone beim Erlass von Bestimmungen über die Beschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit zu halten haben:

Einmal verbietet Art. 6 ZGB den kantonalen Gesetzgebern den Erlass von öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die die Verwirklichung des Bundesrechts vereiteln. Öffentlich-rechtliche, kantonale Bestimmungen über die Schiedsfähigkeit dürfen nur erlassen werden, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen, womit im Bereich der Schiedsfähigkeit auf die öffentliche Ordnung i.S. von Art. 19 Abs. 2 OR verwiesen wird.

Zum anderen haben sich die Kantone an das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu halten. Wo also die Beschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit in der Form eines Verbots des Vorausverzichts auf staatliche Gerichte genügt (z.B. im Miet- und Arbeitsrecht), darf nicht ein völliger Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit angeordnet werden. Die Anwendbarkeit des Prinzips der derogatorischen Kraft des Bundesrechts kann im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit direkt darauf zurückgeführt werden, dass sich die Hauptvoraussetzung für die Schiedsgerichtsbarkeit schlechthin, die objektive Schiedsfähigkeit, aus dem materiellen Bundes-

privatrecht ergibt. Diese Betrachtungsweise knüpft an den Vorrang des bundesrechtlichen Instituts der Privatautonomie im Verhältnis zum kantonalen Prozessrecht an, welches die Form und das Verfahren, in denen Rechtsschutz zu gewähren ist, regelt. Natürlich folgt daraus nicht, dass die Kantone zur Institutionalisierung des Schiedsgerichtswesen verpflichtet sind, doch haben sich die Kantone bei der Bestimmung der objektiven Schiedsfähigkeit an den Umfang und die Grenzen der sich aus der Privatautonomie ergebenden Sätze zu halten.

Die Fallgruppen, welche zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses im Blick auf die Determinierung des Begriffs der öffentlichen Ordnung als Schranke der objektiven Schiedsfähigkeit in der internen Schiedsgerichtsbarkeit gebildet werden können<sup>44)</sup>, lassen sich im wesentlichen aus schweizerischer Sicht auch auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit übertragen. Da die Schweiz bereits in der innerstaatlichen Streiterledigung durch Schiedsgerichte eine äusserst liberale Haltung einnimmt, ist diese Gleichschaltung zwischen interner und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit unproblematisch; dies muss umso mehr gelten, als die Anwendung des *ordre public* im internationalprivatrechtlichen und -zivilprozessualen Bereich zusätzliche Erfordernisse voraussetzt (Verbot der *révision au fond*, Grundsatz des *effet atténué* für das Akzeptationsverfahren; Vorliegen einer Binnenbeziehung zur Schweiz)<sup>45)</sup>. Der Begriff des *ordre public* international erscheint daher aus schweizerischer Sicht als entbehrlich.

44) Siehe 5. Kapitel; Rüede/Hadenfeldt § 10 II 3.

45) Dazu H.C. Schulthess, Der verfahrensrechtliche *ordre public* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1981, S. 13/14.

#### 4. Kapitel

### Die objektive Schiedsfähigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

---

#### I. Ueberblick / Problemstellung / Methodisches

Die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit eines Streitgegenstandes bzw. nach dem hierauf anwendbaren Recht kann - wie im 1. Kapitel bereits dargelegt wurde - im wesentlichen unter zwei Gesichtspunkten in Erscheinung treten: Einmal als Voraussetzung zur Begründung der sachlichen Zuständigkeit eines Schiedsgerichts (Konstituierungs-/ Erkenntnisverfahren), zum andern als Voraussetzung für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Für beide Problemkreise bestehen heute z.T. positivrechtliche Normen (vgl. bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts Art. VI Abs. 2 des Europäischen Uebereinkommens von 1961 über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit, dem die Schweiz (noch) nicht angehört; Art. 170 des Entwurfes zu einem IPR-Gesetz; Art. 5 des Konkordates. Bezüglich Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vgl. Art. V Ziff. 2 lit. a New Yorker Uebereinkommen von 1958; Art. 1 lit. b Genfer Abkommen von 1927). Zur Lösung von Gesetzeskonflikten bei grenzüberschreitenden (internationalen) Sachverhalten gibt es aus kontinentaleuropäischer Sicht zwei grundsätzliche Methoden; die "klassische"

kollisionsrechtliche und die materiellrechtliche. Bei letzterer werden materiell-rechtliche Normen des forums zur Regelung eines internationalen Sachverhaltes herangezogen, wobei es sich allerdings nicht um die tel quel-Anwendung von materiellen Normen der lex fori für reine Inlandfälle handelt, sondern um die Applikation materiellrechtlicher Normen der lex fori, welche spezifisch für internationale Tatbestände konzipiert sind (sog. *règles du droit international privé matériel*, auch *règles substantielles de droit international privé*). Auf der Suche nach einer praktischen Lösung der schwierigen Probleme um die objektive Schiedsfähigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wird es nicht ausschlaggebend sein, welcher Regelungsmethode zu folgen ist. Analysiert man nämlich die rechtstheoretische Grundlage materiell-rechtlicher Normen für internationale Tatbestände, so stösst man unweigerlich auf das Primat der Einseitigkeit der Kollisionsnorm. Der Schritt von der einseitigen Kollisionsnorm zur *règle substantielle du droit international privé* ist kein prinzipielles Abweichen von der lex fori-Regel, sondern "lediglich" eine formell und graduell differenzierte Ausgestaltung des lex fori-Prinzips, wie es von Ehrenzweig für das amerikanische IPR wiederentdeckt worden ist<sup>46)47)</sup>. Mit dem Namen Ehrenzweig

- 46) Zum Methodenproblem der *règles du droit international privé matériel* A. Heini ZSR 1982 I, S. 199; A. Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im IPR, Basel 1975, S. 60 ff. mit vielen Literaturhinweisen in FN 162; P. Lalive, *Tendances et méthodes en droit international privé*, Recueils des Cours 1977 II, S. 90 - 100.
- 47) Zur "Restauration der lex fori" statt aller A. Heini, Strömungen im amerikanischen IPR, SchJIR 1962, S. 61 ff., insbesondere S. 64 - 70.

verbindet sich die Vorstellung eines mit dem Privatrecht einhergehenden Funktionswandels des IPR, welchem in gewissen Fallkonstellationen eine regulative Funktion zugewiesen wird<sup>48)</sup>, was gerade im Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit eine grosse Bedeutung gewinnt.

Die folgende Untersuchung, welche die staatsvertraglichen Regeln mitumfasst, wird im wesentlichen auf das NYU von 1958 beschränkt. Zwei praktische Gründe scheinen dem Verfasser diese gegenständliche Beschränkung im Verhältnis zu den Genfer Abkommen<sup>49)</sup> aufzuerlegen:

1. Das NYU verfolgt dieselben Ziele wie die älteren Genfer Abkommen (GA und GP), hat aber im Verhältnis zu den GA einen grossen Schritt vorwärts gebracht, indem verschiedene wichtige Einzelkomplexe, die hier besonders interessieren, geregelt wurden, allen voran die Kollisionsnorm für die Schiedsvereinbarung. Zudem treten das GA und GP gemäss Art. VII Ziff. 2 NYU zwischen den Vertragsstaaten in dem Zeitpunkt ausser Kraft, in dem das NYU für sie verbindlich wird.
2. Die ohnehin schon grosse praktische Bedeutung des NYU (am 1.2.1985 stand das NYU für 67 Staaten in Kraft)<sup>50)</sup> erhält durch Art. 180 IPR-Entwurf eine umfassende vollstreckungsrechtliche Bedeutung, indem die Regelung des

48) Vgl. dazu A. Heini, Privat- oder "Gemein"-Interessen im IPR, ZSR 92 (1973) I, S. 386, Ziff. 3.

49) Dazu im einzelnen v.a. Greminger, Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit, Winterthur 1958; Mezger, Zur Auslegung und Bewertung der Genfer Schiedsabkommen, Rabels Z. 24 (1959), S. 222 ff.; von Hülßen, §§ 15 und 17; Schlosser I, RZ 311.

50) Jaeger/Walder, SchKG-Textausgabe, 1985, S. 734 ff.

NYU in der Schweiz vorbehaltlos zur allgemeingültigen Vollstreckungsordnung für ausländische Schiedssprüche erklärt wird. Der Reziprozitätsvorbehalt des Art. I Ziff. 3 NYU, den die Schweiz angebracht hat<sup>51)</sup>, würde bei Inkrafttreten des Gesetzes gegenstandslos und damit hinfällig. Da die Schweiz den Handelssachenvorbehalt gem. Art. I Ziff. 3 NYU nicht angebracht hatte, wird damit das NYU erga omnes-Wirkung auch in sachlicher Hinsicht erhalten. Art. 180 IPR-Entwurf gab in der Vernehmlassung des Bundesamtes für Justiz zu keinerlei Diskussionen Anlass, so dass dieser Artikel höchstwahrscheinlich unverändert in das definitive Gesetz übernommen wird<sup>52)</sup>, sofern der Ständerat auf seinen Beschluss, das 11. Kapitel aus dem Entwurf zu streichen, zurückkommt.

51) AS 1965/793.

52) Darstellung der Stellungnahme auf Grund des Gesetzesentwurfs der Expertenkommission und des entsprechenden Begleitberichts, Bundesamt für Justiz, Mai 1980, S. 624, RZ 1298.

## II. Grundlagen - Die Qualifikation der objektiven Schiedsfähigkeit / Kollisionsregeln

---

### 1. Das Verhältnis der objektiven Schiedsfähigkeit zur Schiedsvereinbarung

Von kollisionsrechtlich zentraler Bedeutung ist nach allgemeiner internationalprivatrechtlicher Terminologie die Qualifikation der objektiven Schiedsfähigkeit, welche geltender Lehre und Rechtssprechung folgend nach den Auslegungsregeln der *lex fori* (also nach schweizerischem Recht) vorgenommen wird.

Mit Hilfe der Qualifikation soll insbesondere eine Antwort auf die grundsätzliche Frage gefunden werden, ob die objektive Schiedsfähigkeit einheitlich mit der Schiedsvereinbarung anzuknüpfen sei, ob sie selbständig als Teilfrage zu behandeln ist, oder ob andere Anknüpfungskriterien massgebend sind.

Die sachlogische Interdependenz zwischen der Schiedsvereinbarung und der objektiven Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes scheint unabdingbar, und davon ist im folgenden auch auszugehen. Es kann nicht die Schiedsvereinbarung nach einem bestimmten Recht gültig sein, wenn dieses Recht die Arbitrabilität des Streitgegenstandes als qualifizierendes Merkmal der *essentialia negotii* der Schiedsvereinbarung ausschliesst. Dieser gewichtige sachlogische Zusammenhang zwischen der objektiven Schiedsfähigkeit und der Schiedsvereinbarung, welcher eine einheitliche Anknüpfung der objektiven

Schiedsfähigkeit mit der Schiedsvereinbarung nahelegt, könnte - so wird man einwenden - am Rechtsstreit über die Rechtsnatur des Schiedsvertrages zerbrechen. Dem ist allerdings nicht beizupflichten.

#### 1.1 Die materiellrechtliche Theorie über die Schiedsvereinbarung

Soweit von der materiellrechtlichen Natur der Schiedsvereinbarung ausgegangen wird, ergeben sich für die einheitliche Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit mit der Schiedsabrede einige Probleme. Die Zuordnung der anzuknüpfenden Fragen erfolgt zu jenem Recht, welchem das streitige Rechtsverhältnis untersteht. Soweit die Schweiz diesbezüglich die Parteiautonomie anerkennt, können die Parteien somit auch das zur Anwendung gelangende Recht wählen. Die Schiedsvereinbarung, die Teilfrage der objektiven Schiedsfähigkeit und das streitige Rechtsverhältnis unterstehen dann einem einheitlichen Statut, was aus praktischen Gründen durchaus als wünschenswert und richtig erscheint. Dogmatisch krankt diese Einheitsanknüpfung allerdings daran, dass sie die prozessrechtliche Wirkung der Schiedsvereinbarung wie auch des Instituts der objektiven Schiedsfähigkeit völlig ausser Acht lässt.

Für die rein materiellrechtliche (und somit internationalprivatrechtliche) Betrachtungsweise der objektiven Schiedsfähigkeit kann angeführt werden, die Rechtsnatur der objektiven Schiedsfähigkeit "siedle" diese Teilfrage wesensmässig am engsten beim materiellen Streitgegenstand selbst an. Die Lokalisierung des materiellen Anspruchs oder Rechtsverhältnisses in einer bestimmten Rechtsordnung, welche vermittels

der allgemeinen Anknüpfungsgrundsätze ermittelt wird und welche den Anspruch überhaupt erst entstehen lasse, müsse auch für die objektive Schiedsfähigkeit gelten, denn diese Rechtsordnung bestimme nicht nur den Inhalt des Anspruchs, sondern auch dessen Verfügbarkeit darüber. Dies mag zutreffen, doch diese Betrachtungsweise gibt nur einen massgeblichen Anknüpfungsgesichtspunkt wieder. Die Schwierigkeiten beginnen dort, wo jeweils staatliche Ansprüche auf das Rechtspflegemonopol aus Gründen der öffentlichen Ordnung erhoben werden. So wurde bereits im 3. Kapitel angedeutet, dass die Umschreibung der objektiven Schiedsfähigkeit mit der Verfügbarkeit des Anspruchs nicht ausreichend ist. Sobald ein Schiedsgericht bzw. ein Schiedsspruch zu einem bestimmten Staat eine gewisse Binnenbeziehung aufweist - etwa dadurch, dass ein Schiedsgericht oder die Parteien um aktive Mithilfe eines staatlichen Gerichts nachsuchen (vorsorgliche Massnahmen, Rechthilfebegehren, Vollstreckung, Schiedsrichterernennung oder Feststellung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts) - treten die staatlichen Regelungsinteressen bezüglich der Schiedsgerichtsbarkeit im betreffenden Territorium in Funktion. Die einzelnen Staaten werden kaum ihren legitimen Anspruch auf das Rechtspflegemonopol und die öffentliche Kontrolle über die Rechtsdurchsetzung allein wegen der Tatsache, dass ausländisches Recht auf den Hauptanspruch bzw. das Rechtsverhältnis anwendbar ist, zurückstellen und unbesehen auch die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit nach diesem ausländischen Recht beurteilen. Es kann dies zwar in vielen Fällen so geschehen, doch dürfen m.E. die heiklen Fälle (vgl. die Leitfälle) bei der Suche nach einer

guten Anknüpfungsregel nicht ausgenommen werden, denn sie bereiten in der Praxis Kopfzerbrechen.

Eine weitere Schwierigkeit entsteht bei der materiellrechtlichen Qualifikation der Schiedsabrede und der objektiven Schiedsfähigkeit, wenn die Parteien eine kollisionsrechtliche Teilverweisung für den Schiedsvertrag vorgenommen haben, was beispielsweise nach deutschem Recht zulässig ist<sup>53)</sup>. In der Schweiz fehlt bislang eine klare Äusserung des Bundesgerichts zur umstrittenen Frage der Teilverweisung im allgemeinen und zur Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung (prozessrechtlicher Natur!) im besonderen<sup>54)</sup>. In unserem Zusammenhang ist die Zulässigkeit der Teilverweisung für den Schiedsvertrag zu bejahen. Dogmatisch gesehen bildet die Schiedsvereinbarung einen in sich geschlossenen, selbständiger Vertrag, welcher ohne Störung der materiellrechtlichen Harmonie des Hauptanspruchs gesondert lokalisierbar ist. Zudem hat die Schweiz im NYU die selbständige Rechtswahl für die Schiedsabrede bereits *de lege lata* im Zusammenhang mit der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche anerkannt (Art. V Abs. 1 lit. a). Wie a.a.O. ausgeführt wird, steht einer Rechtswahl auch die noch vorherrschende Auffassung über die prozessuale Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung nicht entgegen<sup>55)</sup>.

53) Mezger in Rabl's Z 1959, S. 228 FN 17 mit Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung: ebenso Kegel, 4. Auflage, S. 291.

54) Vischer/Von Planta, IPR, S. 174; Vischer, Vertragsrecht, S. 55 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre und Rechtsprechung; Segerath, Die Teilverweisung im internationalen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1960.

55) Siehe Ausführungen auf S. 108/109/110.

Im Hinblick auf die Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit als materiellrechtliches Institut entstehen aber bei Bejahung einer Teilverweisung für die Schiedsabrede schwierige Zuordnungsprobleme. Steht die Arbitrabilität der Schiedsvereinbarung oder dem materiellen Rechtsverhältnis näher? Eine schwierige, aber entscheidende Frage, denn je nach Zuordnung (Qualifikation) der objektiven Schiedsfähigkeit wird der Theorie der einheitlichen Anknüpfung der Arbitrabilität mit dem Hauptanspruch bzw. dem Rechtsverhältnis die Grundlage entzogen. Man wird für beide Anknüpfungen Argumente anführen können. Konsequenterweise müsste eine kumulative Anknüpfung Platz greifen, denn die materiellen Anknüpfungskriterien für die eine oder andere Qualifikation sind gleichwertig. Allerdings ist die argumentative Gleichwertigkeit von Anknüpfungen allzuoft nur scheinbarer Natur, verbirgt sich doch oftmals eine rechtspolitisch motivierte Notwendigkeit hinter einem dogmatischen Statement. Ein solches könnte nun hier im favor validitatis gesehen werden, womit einer alternativen Anknüpfung der Vorrang einzuräumen wäre.

1.2 Die prozessrechtliche Theorie der Schiedsvereinbarung und ihre Auswirkung auf die Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit

Die materiellrechtliche Theorie der einheitlichen Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit mit dem materiellen Rechtsverhältnis, welche ihre Begründung einerseits in der materiellrechtlichen Natur der Schiedsvereinbarung, andererseits in der engen Verknüpfung der Arbitrabilität mit dem materiellen Streitgegenstand findet, krankt m.E. in ihrem Ansatzpunkt,

indem sie auf der durch begrifflichen Formalismus gewonnenen Abstraktionshöhe verbleibt und die sich in der Rechtswirklichkeit aufdrängenden Rechtsanwendungsinteressen der jeweils mit der Sache befassten fora unberücksichtigt lässt.

Folgt man der Theorie über die prozessrechtliche Natur des Schiedsvertrages, von welcher das schweizerische Bundesgericht seit 1915 in konstanter Praxis ausgeht<sup>56)</sup>, und übernimmt man sie auch für die Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit, so lässt sich die funktionelle Zuordnung der Arbitrabilität zum Prozessrecht dogmatisch sowohl aus der negativen Wirkung der Schiedsabrede (Ausschluss der an sich zuständigen staatlichen Gerichte), als auch der positiven Wirkung (Uebertragung der Urteilskompetenz auf das Schiedsgericht) herleiten. Dabei ist mit dem Bundesgericht zunächst an die positive Wirkung anzuknüpfen<sup>57)</sup>. Die Hauptwirkung der Schiedsvereinbarung tritt demnach am Sitz des Schiedsgerichts ein, womit die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und somit auch die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit nach Sitzrecht zu beurteilen ist.

Gelegentlich wird in der Literatur die Auffassung vertreten, die negative Wirkung der Schiedsvereinbarung sei kumulativ mit der positiven anzuknüpfen<sup>58)</sup>. Massgebend sei auch das Recht jenes Landes, dessen Gerichtsbarkeit durch die Schieds-

56) BGE 41 II 534 (Praxisänderung); weitere Belegstellen: BGE 59I 179, 59 II 188, 60 II 60, 67 II 148, 71 II 116, 71 II 179, 78 II 395, 85 II 150, 88 I 103, 101 II 170. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung F.E. Klein in FS zur 100-Jahr Feier des schweizerischen Bundesgerichts, 1975, S. 487 ff.

57) BGE 57 I 305.

58) Vgl. z.B. Mezger in Rabels Z 1959, S. 229 ff.

abrede ausgeschlossen worden sei. Dass es sich dabei um das Recht verschiedener Staaten handeln kann, weil durch eine internationale Schiedsvereinbarung regelmässig die Gerichtszuständigkeit mehrerer Staaten berührt werden kann, zeigt die Problematik dieser Anknüpfung. Sie findet allerdings ihre Stütze im internationalzivilprozessualen Grundsatz, dass jeder Richter auf prozessuale Fragen sein eigenes Recht anwenden darf, was z.B. auch in einem Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 18. Januar 1955 betreffend die Gültigkeit einer Schiedsklausel zum Ausdruck kommt<sup>59)</sup>:

"An sich ist richtig, dass sich die Gültigkeit einer Schiedsklausel nach dem Recht des Sitzes des Schiedsgerichtes bestimmt (Guldener, IZPR, S. 110/111, BGE 76 I 349 E. 3). Ob aber die Schiedsklausel für den Fall, dass ein staatliches Gericht angerufen wird, ein Prozesshindernis zu begründen vermöge, beurteilt sich nach den gleichen Grundsätzen wie die entsprechende Frage im Falle der Prorogation (Guldener, a.a.O. S. 110 Anm. 90), das heisst: Wird das staatliche Gericht angerufen und unter Berufung auf die Schiedsklausel die Unzuständigkeitseinrede erhoben, so hat es nach seinem eigenen Recht darüber zu entscheiden, ob die Klageerhebung beim staatlichen Gerichte zulässig gewesen und wirksam erfolgt sei. Wird unter Berufung auf die Ungültigkeit oder Nichtausschliesslichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bzw. Schiedsklausel beim "an sich" zuständigen Gericht geklagt, so erkennt dieses nach der lex fori, ob ihm durch Vereinbarung die Zuständigkeit und seinem Staate die Gerichtsbarkeit verlorengegangen sei. Daraus folgt, dass im vorliegenden Falle die Schiedsklausel nach zürcherischem Prozessrechte zu würdigen ist."

Die lex fori des Schweizer Richters entscheidet also auch über die Gültigkeit und negative Wirkung einer Schiedsklausel, auch wenn mit dieser die Zuständigkeit eben des Schweizer Richters bestritten wird.

Dieser Regel steht die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage der Rechtsanwendung auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, welche im Zusammenhang mit der Anerkennung und

59) ZPR 1956 Nr. 118, S. 248 ff.; SJIR 13 (1956), S. 304.

Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche entwickelt wurde, nicht entgegen. Im grundlegenden BGE 57 I 295 ff. kommt klar die Ablehnung einer kumulativen Anknüpfung im Vollstreckungsverfahren zum Ausdruck, was in diesem Verfahrensstadium auch dringend geboten ist. Es lässt sich denn überhaupt keine Rechtfertigung dafür finden, dass die Vollstreckung in der Schweiz dadurch zu Fall gebracht werden kann, dass hier nun nach Fällung des Schiedsspruches die Gültigkeit unter dem Gesichtspunkt der objektiven Schiedsfähigkeit nach Massgabe all jener Rechtsordnungen beurteilt werden soll, deren Gerichtszuständigkeit durch die Schiedsver Vereinbarung ausgeschlossen wurde. Die Schweiz hat daran überhaupt kein legitimes Interesse, denn in der Schweiz ist im Rahmen der Vollstreckung lediglich zu prüfen, ob die schweizerischen Voraussetzungen für die Anerkennung und Vollstreckung erfüllt sind, mehr nicht. Auch die schweizerische lex fori soll nicht kumulativ zum Sitzrecht herangezogen werden. Die Belange des Vollstreckungsstaates werden gebührend durch den Vorbehalt des ordre public gewahrt. Dies gilt auch und gerade für die objektive Schiedsfähigkeit.

Im Verfahrensstadium der Schiedsgerichtskonstitution dagegen lässt sich die kumulative Anknüpfung der Schiedsver Vereinbarung kaum verhindern, denn hier können direkt schweizerische Rechtsanwendungsinteressen im Spiele sein.

### 1.3 Kritische Würdigung der kollisionsrechtlichen Behandlung der objektiven Schiedsfähigkeit

---

Keine juristische Fantasie dürfte in der Lage sein, mehr an Lösungshypothesen zu erdenken, als tatsächlich bezüglich der

kollisionsrechtlichen Behandlung der objektiven Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes vertreten worden sind.

Die eingehende Analyse der vertretenen Theorien und der Vergleich dieser Theorie mit der internationalen Gerichtspraxis haben beim Verfasser Skepsis über den praktischen Wert der einzelnen Theorien erweckt. Dies liegt nur zum Teil an den argumentativ z.T. stark vertretenen kollisionsrechtlichen Vorschlägen, vor allem aber an der Einsicht, dass die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit sich dem klassisch-kollisionsrechtlichen Mechanismus infolge ihrer Zugehörigkeit zum staatshoheitlichen Machtbereich (Rechtspflegemonopol) entzieht.

Der Prüfstein für die Tauglichkeit aller Kollisionsnormen für die objektive Schiedsfähigkeit liegt in zwei massgeblichen Kriterien, welche der ganzen Problematik der Arbitrabilität zugrunde liegen:

1. Zielvorgabe ist eine einheitliche, zweiseitige Kollisionsnorm, welche für alle Verfahrensstadien der Schiedsgerichtsbarkeit gilt. Damit sollte der internationale Entscheidungseinklang gefördert werden. Nun gibt aber bereits die rechtliche Doppelnatur der objektiven Schiedsfähigkeit der kollisionsrechtlichen Behandlung dieser Frage fast unüberwindliche Probleme auf, sofern man eben nicht unabsehbaren, kumulativen Anknüpfungsregeln das Wort reden will.

Betont man die materiellrechtliche Rechtsnatur der ob-

jektiven Schiedsfähigkeit, so wird man den sachlogischen Zusammenhang zwischen der objektiven Schiedsfähigkeit und der Schiedsvereinbarung mit ihren prozessrechtlichen Wirkungen nicht aus dem Auge verlieren dürfen, was im besten Fall zwar zur Anwendung eines einheitlichen Rechts führen kann, aber meistens nicht führen wird. Daran vermag auch die Qualifikation der Schiedsvereinbarung als materiellrechtlicher Vertrag nichts zu ändern, denn die prozessrechtlichen Wirkungen der Schiedsvereinbarung lassen sich auch bei dieser Lehre nicht weglegen. Zudem garantiert die materiellrechtliche Natur im Hinblick auf die kollisionsrechtliche Teilverweisung der Schiedsvereinbarung keinesfalls eine Einheitsanknüpfung aller Teilfragen.

Die Frage nach der kollisionsrechtlichen Zugehörigkeit der objektiven Schiedsfähigkeit erfordert demzufolge eine doppelte Antwort. Unbestreitbarerweise stellen die nationalen Vorschriften über die Arbitrabilität sachlogisch und systematisch einen Teil jenes Normenkomplexes dar, welcher über die Gültigkeit des Zustandekommens von Schiedsvereinbarungen befindet. Nach den bisher entwickelten Grundsätzen untersteht diese Frage im Konstituierungsverfahren dem Sitzrecht und der *lex fori* des mit der Frage befassten Richters, im Vollstreckungsverfahren dem Sitzrecht.

Soweit nun das jeweils auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht die objektive Schiedsfähigkeit für das betreffende materielle Rechtsverhältnis nur von der

materiellen Dispositionsbefugnis der Parteien in der Hauptsache abhängig macht, sind Aussagen darüber auch dem auf die Hauptsache anwendbaren Recht zu entnehmen<sup>60)</sup> Eine einfache Anknüpfung, wie sie wünschbar wäre, lässt sich also schon wegen der Doppelnatur der Schiedsfähigkeit nicht finden.

2. Ein im Zusammenhang mit der Arbitrabilität praktisch besonders schwieriges Problem für den Schweizer Richter ergibt sich bei der Rechtsanwendung mittelbar aus der kollisionsrechtlichen Behandlung der objektiven Schiedsfähigkeit. Die meisten Rechtsordnungen umschreiben die objektive Schiedsfähigkeit ohne jegliche Präzision. Exemplarisch dafür ist die französische Regel, wonach man Schiedsverträge nicht schliessen kann, "dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public". Recht eigentlich kompliziert wird die Anwendung dieser Norm dadurch, dass zusätzlich zur Auslegungsschwierigkeit für diese Generalklausel im Zusammenhang mit der objektiven Schiedsfähigkeit der sog. ordre public interne vom ordre public international für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zu unterscheiden ist. Wie soll der Schweizer Richter bei der Beurteilung der Frage, ob die objektive Schiedsfähigkeit eines Streitgegenstandes sich mit dem französischen ordre public international verträgt, entscheiden, wenn die Arbitrabilität aus diesem Recht

60) Schlosser I, RZ 370

ermittelt werden muss? Oder wie hätte wohl ein Schweizer Richter die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit im Leitfall IV (amerikanisches Recht) entschieden? Muss er den ausländischen ordre public anwenden und gegebenenfalls, nach welchen Kriterien hat er ihn zu ermitteln?

## 2. Der Anwendungsbereich des New Yorker Uebereinkommens (NYU)

Es erscheint wenig sinnvoll, in dieser Arbeit eine eingehende Darstellung der Problematik über den Anwendungsbereich des New Yorker Uebereinkommens zu geben. Entsprechende Ueberblicke und Literatur bestehen zur Genüge. Hingewiesen sei hier v.a. auf die systematische Gesamtdarstellung über das NYU von Bertheau<sup>61)</sup>.

Im Zusammenhang mit der hier interessierenden Frage ist jedoch auf den Anwendungsbereich von Art. II NYU einzugehen. Dieser Artikel statuiert für die Vertragsstaaten die Pflicht zur Anerkennung von Schiedsvereinbarungen.

Art. II NYU lautet:

<sup>1</sup>Jeder Vertragsstaat erkennt eine schriftliche Vereinbarung an, durch die sich die Parteien verpflichten, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, sei es vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen, einem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen, sofern der Gegenstand des Streites auf schiedsrichterlichem Weg geregelt werden kann.

<sup>2</sup>Unter einer "schriftlichen Vereinbarung" ist eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede zu verstehen, sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben.

61) Theodor R. Bertheau, Das New Yorker Uebereinkommen, Diss Zürich 1964. Vgl. auch Schlosser I, RZ 62 - 73.

<sup>3</sup>Wird ein Gericht eines Vertragsstaates wegen eines Streitgegenstandes angerufen, hinsichtlich dessen die Parteien eine Vereinbarung im Sinne dieses Artikel getroffen haben, so hat das Gericht auf Antrag einer der Parteien sie auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist.

Aus dem Wortlaut von Art. II NYU geht nicht hervor, ob die Schiedsvereinbarung eine Beziehung zu solchen Staaten haben muss, die dem Abkommen beigetreten sind. Daraus hat von Hülßen in Anlehnung an das Europäische Uebereinkommen und unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des NYU abgeleitet, Art. II NYU sei im Hinblick auf seinen Anwendungsbereich extensiv auszulegen<sup>62</sup>). Internationale Schiedsvereinbarungen würden somit auch in den der Vollstreckung vorangehenden Stadien der Rechtsverfolgung immer in den Anwendungsbereich des NYU fallen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien aus Vertragsstaaten kommen oder nicht. Durch das NYU sollte die internationale Rechtsverfolgung durch die Schiedsgerichtsbarkeit soweit wie möglich gefördert und gesichert werden<sup>63</sup>). Darüber hinaus hält von Hülßen auch die Vorbehaltsmöglichkeiten nach Art. I Ziff. 3 NYU (Handelssachen- und Reziprozitätsvorbehalt) auf Schiedsvereinbarungen für generell nicht anwendbar<sup>64</sup>). Mit dieser weiten Auslegung gelangt von Hülßen zu einer absoluten erga omnes-Wirkung von Art. II NYU in allen Verfahrensstadien, welche aber zu einer unterschiedlichen Rechtsanwendung bezüglich der Anerkennung von Schiedsverträgen einerseits und von Schiedssprüchen andererseits führen kann.

62) v. Hülßen, S. 44 ff.

63) v. Hülßen, S. 46.

64) v. Hülßen, S. 47.

Dieser Ansicht hat Schlosser widersprochen<sup>65)</sup>. Es sei sehr problematisch, der Auslegung internationaler Verträge eine solche Zweckschau, unabhängig von der in einem Abkommen selbst enthaltenen Begrenzung seines Anwendungsbereichs, zugrunde zu legen, auch wenn letzterer für einen Detailspekt im Wortlaut des Abkommens keinen besonderen Niederschlag gefunden hat. Auch Bertheau legt dar, dass eine Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Anerkennung von Schiedsklauseln nur besteht, sofern die Voraussetzungen von Art. I NYU, welcher generell den Anwendungsbereich umschreibt, vorliegen<sup>66)</sup>.

Der Ansicht Schlosser's und Bertheau's ist zu folgen. Soweit ein Staat den Reziprozitätsvorbehalt gemäss Art. I Ziff. 3 NYU angebracht hat, wie es die Schweiz getan hat, tritt die entscheidende Wirkung der Anerkennung von internationalen Schiedsvereinbarungen gemäss Art. II Ziff. 3 NYU (Unzuständigkeitserklärung der staatlichen Gerichte eines Vertragsstaates) nur im Verhältnis zu anderen Vertragsstaaten ein. Damit wird die innere Harmonie bei der Rechtsanwendung bezüglich ausländischer Schiedssprüche und ausländischer Schiedsvereinbarungen hergestellt, was klarerweise dem Willen der Vertragsschliessenden Staaten entspricht<sup>67)</sup>.

Freilich ist der unklare Wortlaut von Art. II NYU bezüglich seines Anwendungsbereichs als gesetzgeberische Panne zu bezeichnen, was sich wohl auch aus der Entstehungsgeschichte dieses Artikels erklären lässt, wurde er doch erst am vorletzten Sitzungstag der Konferenz in das Uebereinkommen

65) Schlosser I, RZ 70.

66) Bertheau, S. 26/7 und S. 29 (bezüglich des Handelssachenvorbehalts Art. I Abs. 3 NYU).

67) Zur Entstehungsgeschichte des NYU eingehend Bertheau, S. 15 ff.

integriert<sup>68)</sup>. Doch führen die historische und teleologische Auslegung von Art. II NYU zum oben skizzierten Resultat. Die extensive Auslegung, wie sie von Hülßen postuliert, müsste aber in letzter Konsequenz dazu führen, Art. II NYU auch im Rahmen des Rechtshilfeverfahrens, bei der Ersatzernennung von Schiedsrichtern und im vorsorglichen Massnahmeverfahren uneingeschränkt anzuwenden, was weder dem Wortlaut des Uebereinkommens, noch dem Willen der Vertragsstaaten entspricht. Wünschenswert wäre eine solche Ausdehnung auf alle der Vollstreckung vorgelagerten Verfahrensstadien auf jeden Fall gewesen.

Zusammenfassend kann bezüglich des Anwendungsbereichs des wichtigen Art. II NYU festgestellt werden, dass er auf alle Schiedsvereinbarungen Anwendung findet, die sicher oder voraussichtlich zu einem unter dem Uebereinkommen anerkennungspflichtigen Schiedsspruch führen werden. Im Zweifel wird wohl von der Anwendbarkeit des NYU auszugehen sein, wenn sich der Sitz des Schiedsgerichts in einem Vertragsstaat befindet oder voraussichtlich befinden wird oder wenn das Verfahrensrecht eines Vertragsstaates im Schiedsverfahren angewendet werden soll. In diesen Fällen wird nämlich das NYU gemäss Art. I Ziff. 1 auf den Schiedsspruch anwendbar sein<sup>69)</sup>.

3. Die Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit im NYU  
Art. II NYU richtet sich, wie unter 2. dargelegt wurde, an den Einrederichter. Die besondere Bedeutung dieses Artikels liegt darin, dass er hinsichtlich der Form und der Bestimmtheit

68) Bertheau, S. 26 oben.

69) Im einzelnen Schlosser I, RZ 67.

heit einer anerkennungspflichtigen Schiedsvereinbarung eine unmittelbar anwendbare, vereinheitlichte Sachnorm schafft. Im Gegensatz zu Art. V Ziff. 1 lit. a bzw. V Ziff. 2 lit. a, welche sich an den Vollstreckungsrichter richtet, sagt Art. II NYU nichts über das für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung bzw. die objektive Schiedsfähigkeit massgebende Recht aus.

Die Kollisionsnormen für das Vollstreckungsverfahren lauten:

Art. V Ziff. 1 lit. a NYU

"Die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs darf ... nur versagt werden, wenn die (beklagte) Partei den Beweis erbringt,

- a) dass die Parteien eine Vereinbarung im Sinne des Art. II geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie persönlich massgebend ist, in irgendeiner Hinsicht hierzu nicht fähig waren, oder dass die Vereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben, oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, ungültig ist, ..."

Art. V Ziff. 2 lit. a NYU

"Die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs darf auch versagt werden, wenn die zuständige Behörde des Landes, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, feststellt,

- a) dass der Gegenstand des Streites nach dem Recht dieses Landes nicht auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann, oder ..."

Man kann nur bedauern, dass in Art. II NYU die Rechtsanwendungsfrage für die materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und für die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nicht geregelt wurden, denn hier wäre der Ort gewesen, diese zentralen Fragen mindestens durch die Einführung koordinierter Kollisionsnormen zu regeln und damit dem NYU eine intergrale Wirkung auch für das Verfahren vor dem Einrederichter zu verleihen. Dadurch hätte ein gewichtiger Beitrag zur Vorhersehbarkeit, Rechtssicherheit und zur kollisionsrechtlichen Entscheidungsharmonie in der internatio-

nen Schiedsgerichtsbarkeit geleistet werden können. Das Fehlen einer Regelung bezüglich der objektiven Schiedsfähigkeit in ihrem Verhältnis zur Schiedsvereinbarung bzw. hinsichtlich ihrer kollisionsrechtlichen Behandlung im NYU relativiert den im übrigen fortschrittlichen Charakter des Abkommens.

In der Lehre wurde versucht, die integrale Wirkung von Art. V Ziff. 1 lit. a NYU auf das Verfahren vor dem Einrederichter durch eine koordinierte Auslegung des NYU herbeizuführen. Dem NYU liege nämlich erkennbar die Tendenz zugrunde, die kollisionsrechtlichen Fragen soweit wie möglich einheitlich zu regeln. Darin unterscheiden sich diese Uebereinkommen massgeblich von den älteren Genfer Konventionen<sup>70)</sup>. Von Hülsen stützt sich u.a. auch auf Art. VI des Europäischen Uebereinkommens, welches in der Tat eine Kollisionsnorm für die Schiedsvereinbarung in diesem Verfahrensstadium enthält. Art. VI EuU gelte insofern als Ergänzung neben dem NYU, denn in Art. VI komme die Meinung der vertragsschliessenden Regierungen zum Ausdruck<sup>71)</sup>.

Hierzu ist folgendes festzuhalten:

Einmal ist dem Verfasser dieser Arbeit kein Urteil aus der internationalen Rechtsprechung bekannt, welches diese integrale Wirkung des Art. V Ziff. 1 lit. a anerkannt hätte. Zum andern könnte die Berufung auf Art. VI des EuU in der Schweiz nicht gelten, da sie dem Uebereinkommen bislang noch nicht beigetreten ist.

70) von Hülsen, S. 100 mit zahlreichen Literaturnachweisen in FN 12; Bertheau, S. 32.

71) von Hülsen, S. 100.

Schliesslich darf nicht übersehen werden, dass eine solche integrale Wirkung der Kollisionsnorm in Art. V Ziff. 1 lit. a NYU für die objektive Schiedsfähigkeit nur gerade im Zusammenhang mit der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung als Teilfrage eine mittelbare Lösung bringen könnte, die Arbitrabilität als selbständige, prozessuale Voraussetzung für die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit schlechthin dagegen davon unberührt bliebe. Dies kommt übrigens auch in Art. VI Abs. 2 EuU zum Ausdruck, der bestimmt:

"Hat ein Gericht eines Vertragsstaates über das Bestehen oder die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung zu entscheiden, so hat es dabei die Fähigkeit der Parteien nach dem Recht, das für sie persönlich massgebend ist, und sonstige Fragen wie folgt zu beurteilen:

- a) nach dem Recht, dem die Parteien die Schiedsvereinbarung unterstellt haben;
- b) falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Staates, in dem der Schiedsspruch ergehen soll;
- c) falls die Parteien nicht darüber bestimmt haben, welchem Recht die Schiedsvereinbarung unterstellt wird, und falls im Zeitpunkt, in dem das staatliche Gericht mit der Frage befasst wird, nicht vorausgesehen werden kann, in welchem Staat der Schiedsspruch ergehen wird, nach dem Recht, welches das angerufene Gericht nach seinem Kollisionsrecht anzuwenden hat.

Das angerufene Gericht kann einer Schiedsvereinbarung die Anerkennung versagen, wenn die Streitigkeit nach seinem Recht der Regelung durch ein Schiedsgericht nicht unterworfen werden kann."

Aus dieser ausdrücklichen Regel, wie auch schon aus Art. V Ziff. 2 lit. a NYU wird die kumulative Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit klar ersichtlich. Von diesem geltenden Rechtszustand, in welchem immer letztlich die lex fori des mit der Sache befassten Richters das letzte Wort hinsichtlich der objektiven Schiedsfähigkeit hat, gehen alle internationalen Uebereinkommen im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit aus. Dies ist, wie schon a.a.O. dargelegt wurde, auf die Zugehörigkeit der objektiven Schieds-

fähigkeit zum ordre public zurückzuführen. "L'arbitrabilité du litige est donc un élément de cet 'ordre public' toujours contrôlé par le juge"<sup>72)</sup>.

4. Praktische Probleme bei der Anwendung des NYU/Rechtsprechung/  
Zusammenfassung

Keine Klarheit herrscht darüber, ob das Akzeptationshindernis der mangelnden objektiven Schiedsfähigkeit nach dem Recht des Vollstreckungsstaates gemäss Art. V Ziff. 2 lit. a NYU von Amtes wegen zu berücksichtigen sei oder ob die Anwendung dieses Akzeptationshindernisses in sein Ermessen gestellt ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt m.E. nur davon ab, ob die objektive Schiedsfähigkeit generell als Anwendungsfall des ordre public-Vorbehaltes, wie er in Art. V Ziff. 2 lit. b vorgesehen ist, betrachtet werden muss. Bertheau<sup>73)</sup> F.E. Klein<sup>74)</sup>, Gentinetta<sup>75)</sup> und von Hülsen<sup>76)</sup> bejahen diese Frage. Klein betrachtet die Bestimmung von Art. V Ziff. 2 lit. a daher geradezu als überflüssig, da sie durch den allgemeinen ordre public-Vorbehalt gedeckt sei. Daraus folgern diese Autoren, die positive Akzeptationsvoraussetzung der objektiven Schiedsfähigkeit sei von Amtes wegen zu überprüfen<sup>77)</sup>.

Demgegenüber tritt Schlosser für eine differenzierte Betrachtungsweise ein, wobei er sich auf § 1044 DZPO und auf den französischen Text des NYU stützt<sup>78)</sup>.

72) Fouchard, RZ 199, welcher konsequenter- und richtigerweise auch jegliche Rechtswahl für die objektive Schiedsfähigkeit ausschliesst.

73) Bertheau, S. 60

74) F.E. Klein, SJZ 57, S. 249 N 16

75) Gentinetta, S. 306

76) Von Hülsen, S. 138

77) Bertheau, S. 28/57; Gentinetta, S. 305; von Hülsen, S. 138; F.E. Klein, siehe op. zit. in FN 74.

78) Schlosser I, RZ 312 und 753.

Für Schlosser besteht nach deutschem Recht keine Veranlassung, die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes dem deutschen ordre public zuzuordnen.

Es sei an dieser Stelle nochmals kurz auf die in der Lehre vorherrschende Auffassung eingegangen, wonach Art. V Ziff. 1 lit. a NYU bereits im Verfahren vor dem Einrederichter anzuwenden ist, um damit ein praktisch relevantes Problem darzustellen. Der Einrederichter, der gemäss Art. II Ziff. 1 NYU die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes zu ermitteln hat, findet im NYU selbst keine ausdrückliche Anknüpfungsregel dafür, denn Art. II NYU sagt nichts über das anwendbare Recht aus. Stellvertretend für viele Autoren schreibt F.E. Klein<sup>79)</sup>, die Anknüpfungsregel in Art. V Ziff. 1 lit. a NYU "vaut également lorsque le tribunal est appelé à statuer, selon l'article 2 alinéa 3, sur l'exception d'arbitrage. En fait la consécration ainsi donnée à la loi d'autonomie reste dans le logique des dispositions précédentes". Danach ist für die Prüfung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (und damit unter diesem Aspekt auch für die objektive Schiedsfähigkeit) massgebend das von den Parteien gewählte Recht bzw. bei Fehlen einer Rechtswahl das Sitzrecht. Soweit eine Rechtswahl der Parteien für die Schiedsvereinbarung vorliegt (von deren Zulässigkeit auch bei der prozessrechtlichen Qualifikation der Schiedsabrede auszugehen ist, siehe a.a.O.<sup>80)</sup>), ist die Rechtsanwen-

79) F.E. Klein, SJZ 57 (1961), S. 247.

80) siehe S. 108/109/110.

dung unproblematisch. Wie aber soll das Sitzrecht ermittelt werden, wenn bei der alternativen Anknüpfung an dieses Recht der Sitz des Schiedsgerichts noch gar nicht bekannt ist oder das Schiedsgericht noch gar nicht gebildet worden ist, was bei ad hoc-Schiedsgerichten in dieser Prozesssituation häufig der Fall sein wird? In der Praxis wird man hier nicht anderes tun können, als den voraussichtlichen Sitz des Schiedsgerichts durch Parteibefragung zu ermitteln oder, sofern der Sitz in der Schiedsvereinbarung bestimmt wurde, darauf abstellen. Immerhin können sich unüberwindliche Schwierigkeiten bei der Sitzbestimmung ergeben, wenn die Schiedsrichter aufgrund der Schiedsvereinbarung ermächtigt sind, den Sitz des Schiedsgerichts zu bestimmen, sie aber noch gar nicht bestellt worden sind, etwa weil eine Partei ihre Mitwirkung bei der Ernennung verweigert. In all den Fällen, wo dem staatlichen Richter die Sitzermittlung verunmöglicht ist, wird er sein eigenes Kollisionsrecht befragen müssen. Eine direkte Antwort wird er daraus nur gewinnen, wenn seine kollisionsrechtliche lex fori auf seine materielle lex fori verweist, weil die Schiedsvereinbarung im betreffenden Staat als prozessrechtliches Institut qualifiziert wird, was in der Schweiz so gelten würde. Qualifiziert dem gegenüber die lex fori den Schiedsvertrag als materiellrechtlichen Vertrag, so hat jener Richter deren Gültigkeit nach dem auf den Streitgegenstand anwendbaren Recht zu beurteilen, womit er bei Fehlen einer Rechtswahl wiederum zunächst mit Hilfe seines Kollisionsrechts dieses Recht bestimmen muss. Sehr schwierig gestalten sich jene Fälle, in denen die Schiedsrichter ermächtigt sind, in der Sache nach

Billigkeit oder nach den Handelbräuchen (lex mercatoria) zu entscheiden. Um diese komplizierte Rechtsanwendungsprobleme, welche sich nur in diesem Verfahrensstadium in dieser Form stellen, ist kein Richter zu beneiden!

Diese Schwierigkeiten stellen sich natürlich nur dann ein, wenn man an der dogmatischen Einordnung der objektiven Schiedsfähigkeit als Voraussetzung für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung festhält und auf diese Weise zu einer primären Anknüpfung an das Schiedsvertragsstatut verpflichtet ist<sup>81)</sup>. F.E. Klein<sup>82)</sup> scheint diesen dogmatischen gordischen Knoten durchschnitten zu haben: "Quant à l'arbitrabilité du litige, ce sera évidemment la loi matérielle du for, dont on ne saurait ignorer les principes d'ordre public". Der Verfasser dieser Arbeit teilt diese Ansicht, wobei allerdings der Begriff des ordre public im Zusammenhang mit der objektiven Schiedsfähigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit einer besonderen Umschreibung bedarf (vgl. dazu 5. Kapitel).

Ein Blick auf die in diesem Bereich sehr spärliche Rechtsprechung zeigt noch eine weitere Anknüpfungsmöglichkeit, welche allerdings nur bei Vorliegen einer besonderen Fallkonstellation tauglich ist, im übrigen aber ganz auf der Linie der Einfachanknüpfung der lex fori-Regel liegt und daher verallgemeinerungsfähig ist.

81) So z.B. Bertheau, S. 37; Fouchard, RZ 189; von Hülsen, S. 138.

82) F.E. Klein, SJZ (1961), S. 235.

Leitfall VI, Urteil der Corte di Cassazione italiana  
(Piersanti):

Strittig war in diesem Fall die Frage, nach welchem Recht der Einrederichter die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes zu beurteilen habe.

Die kumulative Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit, zu welcher man bei der Anwendung von Art. V Ziff. 1 lit. a im Vollstreckungsverfahren und im Verfahren vor dem Einrederichter gelangt (lex fori des mit der Sache befassten Richters und Schiedsvertragsstatut) setzt voraus, dass der staatliche Richter die objektive Schiedsfähigkeit bei der Prüfung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung, welche im Rahmen von Art. V Ziff. 1 lit. a einredeweise von einer Partei in Zweifel gezogen wird, als Gültigkeitsvoraussetzung der Schiedsvereinbarung betrachtet, worüber das Schiedsvertragsstatut zu entscheiden hat. Das NYU sieht jedoch diese Interdependenz nicht ausdrücklich vor. Im Gegenteil! Man darf m.E. aus der speziellen Ausgliederung der objektiven Schiedsfähigkeit im Verhältnis zur Schiedsvereinbarung (Art. V Ziff. 1 lit. a) die erkennbare Tendenz zur speziellen und von der Schiedsvereinbarung losgelösten Behandlung der Arbitrabilität ablesen. Eine solche Koordination dieser Bestimmungen nahm denn auch das italienische Kassationsgericht vor.

"Il problema deve essere dunque risolto muovendo dai principi generali della materia e coordinando opportunatamente fra loro le varie disposizioni della convenzione di New York."

Die Koordination der Bestimmung des NYU erfolgt im Urteil nicht zwischen Art. II Ziff. 3 und Art. V Ziff. 1 lit. a NYU

sondern zwischen Art. II Ziff. 3 und Art. V Ziff. 2 lit. a NYU. Die Argumentationsthematik des Kassationsgerichts ist m.E. sehr überzeugend und man liest die Ausführungen des Gerichts mit viel Gewinn für Klarheit in der schwierigen Problematik:

"La clausola compromissoria, considerata nel suo momento formativo e nella sua struttura, si presenta come un negozio di diritto sostanziale (che è fuori del processo, benché preordinato a fini processuali), disciplinato, quanto a capacità delle parti, esistenza dell'accordo e requisiti formali, dalla legge che disciplina rispettivamente ciascuno di tali elementi (art. 17, 25, 26 preleggi). A questi elementi non è assimilabile la compromettibilità della controversia, essa costituendo una qualità (dell'oggetto del compromesso o della clausola compromissoria) che delimita la materia della possibile competenza arbitrale, e quindi l'elemento di confine tra questa competenza e quella istituzionale del giudice.

Allorché, pertanto, in un giudizio proposto innanzi ad un giudice alla cui giurisdizione, come nella specie, entrambe le parti naturaliter, sono soggette, venga sollevata l'eccezione di compromesso per arbitrato estero, e si discuta della compromettibilità della controversia, la clausola compromissoria viene in considerazione nei suoi effetti immediatamente processuali, cioè come strumento attributivo della competenza arbitrale e preclusivo della giurisdizione del giudice adito. In tal modo, la questione della compromettibilità viene ad incidere direttamente sui presupposti della giurisdizione e non può essere risolta che secondo la legge del giudice la cui giurisdizione viene appunto in discussione sulla base di quella clausola.

Questa conclusione trae conferma dall'esame coordinato degli art. 2 e 5 della convenzione di New York.

Secondo l'art. 2, n. 3, di tale testo, in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero, la declinatoria, da parte del giudice, della propria giurisdizione a favor dell'arbitro è subordinata all'accertamento che la clausola non sia caducata o inefficace o non possa essere applicata. Nell'ipotesi dell'inefficacia deve comprendersi, come non par dubbio, anche quella di una clausola che concerna una questione non compromettibile, onde la relativa previsione viene a ribadire il principio della compromettibilità come condizione della competenza arbitrale. Ora, il detto accertamento, preliminarmente ad ogni altro ed ovviamente di competenza del giudice adito, deve essere condotto alla stregua della legge di esso giudice, il quale appunto solo in base al suo ordinamento (in cui è inserita e con il quale va coordinata anche la convenzione internazionale ratificata) può spogliarsi della giurisdizione.

Più chiaramente, l'art. 5, n. 2/a, della stessa convenzione dispone che il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza arbitrale potranno essere rifiutati se l'autorità competente del paese, ove il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti, accerta che, secondo la legge di questo paese, l'oggetto della controversia non può essere deciso in sede arbitrale. Con quest'ultima espressione, va subito precisato, la convenzione fa riferimento al requisito della (non) compromettibilità; e non a ragioni attinenti all'ordine pubblico, giacché la conformità all'ordine pubblico, come condizione di riconoscimento, è espressamente e separatamente prevista (art. 5, n. 2, lett. b).

Orbene, se il requisito della compromettibilità è condizione anche del riconoscimento e dell'esecuzione della sentenza arbitrale, e se per espressa norma della convenzione esso, a quei fini, va valutato in base all'ordinamento di appartenenza del giudice cui il riconoscimento e l'esecuzione sono domandati, sarebbe incongruo ritenere che il requisito medesimo, ai fini dell'accertamento della competenza giurisdizionale, debba essere valutato in base ad un ordinamento diverso. Vero è che l'art. 2, n. 1, e l'art. 5, n. 2/a, della convenzione hanno una diversa destinazione, e considerano il requisito in parola con riferimento a momenti ed aspetti distinti della funzione della clausola compromissoria o del compromesso.

L'interprete deve però coordinare le due disposizioni e, leggendo la prima alla luce della seconda, concludere che nell'ambito di uno stesso ordinamento la legge applicabile in ciascuno dei due momenti deve essere identica, perché altrimenti all'interno di esso la parte vittoriosa potrebbe finire col rimanere priva di tutela. Ciò appunto si verificherebbe, nella specie, se il giudice italiano, nel momento della cognizione declinasse la giurisdizione e si spogliasse della domanda del Piersanti ritenendo compromettibile la controversia alla stregua di un ordinamento diverso da quello italiano, ed in un secondo momento negasse allo stesso Piersanti (in ipotesi vittorioso) il riconoscimento della sentenza arbitrale, escludendo sulla base del nostro ordinamento la compromettibilità prima riconosciuta. Deve dunque ritenersi, riguardo all'accertamento della compromettibilità, che se è la legge del giudice adito per il riconoscimento della sentenza arbitrale quella che in tale sede rileva, deve essere la legge del giudice adito per il merito quella che rileva agli effetti della pronunzia sulla competenza giurisdizionale.

E stato osservato in sede di discussione che, se le disposizioni in esame dovessero essere così coordinate ed interpretate, la seconda risulterebbe puramente ripetitiva della prima e quindi superflua. Ma l'obiezione è superabile: la precisazione contenuta nell'art. 5, n. 2/a, appare necessaria con riferimento all'ipotesi che venga chiesto il riconoscimento della sentenza arbitrale (col relativo previo giudizio sulla compromettibilità) di uno Stato diverso da quello il cui giudice si è spogliato della controversia, per averla ritenuta compromettibile secondo il proprio ordinamento (eventualmente recante una diversa disciplina sul punto), così consentendo che avesse luogo il giudizio arbitrale all'estero.

Con le considerazioni svolte rimane confutato anche l'assunto sostenuto, particolarmente nella discussione ed anche con richiamo di giurisprudenza straniera, dalla Co.ge.co., secondo cui, per garantire l'uniformità dell'applicazione della convenzione di New York in tutti gli Stati contraenti, il requisito della compromettibilità dovrebbe essere valutato in base all'ordinamento internazionale e precisamente in base ai principi primi che costituiscono l'ordine pubblico internazionale.

Può aggiungersi che, a parte il rilievo che la giurisprudenza richiamata - prevalentemente anteriore, peraltro, all'entrata in vigore della convenzione di New York - esamina il problema della compromettibilità con riferimento alla qualità di una delle parti (problema espressamente considerato poi dall'art. 11/1 della convenzione di Ginevra 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale) e non alla natura della controversia, ed a parte ogni legittimo dubbio sulla indoneità del credito suggerito, ai fini dell'auspicata uniformità, tale criterio è anche estraneo sia al protocollo di Ginevra 24 settembre 1923 relativo all'arbitrato in materia commerciale, sia alla citata convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale firmata a Ginevra il 21 aprile 1961, che entrambe anzi depongono nel senso della tesi qui accolta.

E, invero, l'art. 4 del detto protocollo, dopo aver disposto che i tribunali degli Stati contraenti, in presenza di una clausola compromissoria valida, rimetteranno le parti, a richiesta di una di esse, avanti al collegio arbitrale, aggiunge, al secondo comma, che tale rinvio non pregiudica la competenza del tribunale, nel caso in cui, per qualsiasi motivo, il compromesso, la clausola compromissoria e l'arbitrato non siano validi o efficaci. Sembra chiaro che il tribunale la cui competenza è lasciata impregiudicata decide, circa la invalidità o inefficacia della clausola, o del compromesso (e quindi anche dalla compromettibilità della controversia) alla stregua della propria legge, la relativa questione concernendo un elemento condizionante la sua competenza.

L'art. VI/2 della convenzione del 21 aprile 1961, poi, dopo aver indicato la legge applicabile riguardo al giudizio sulla validità o l'inesistenza di una convenzione d'arbitrato, facendo riferimento a leggi nazionali, e non al criterio invocato dalla Co.ge.co., dispone, espressamente all'ultimo paragrafo, che "il giudice investito potrà non riconoscere la convenzione d'arbitrato qualora secondo la legge del foro la controversia in questione non possa essere sottoposta all'arbitrato".

Sono, questi, argomenti di ordine storico la cui importanza non può essere sottovalutata.

Deve stabilirsi dunque in base alla legge italiana se la controversia sottoposta alla cognizione del pretore sia compromettibile in arbitrato. La risposta negativa non dà luogo a dubbio."

In diesem instruktiven Urteil, in dem auch auf das Verhältnis zwischen der Teil- oder Vorfrage der objektiven Schiedsfähigkeit zur Gültigkeit der Schiedsvereinbarung eingegangen wird, wobei die prozessuale Wirkung der objektiven Schiedsfähigkeit und ihr Selbständigkeit im Hinblick auf die Schiedsvereinbarung hervorgehoben wird, wird für den bestimmten Fall, dass beide Parteien naturaliter der Rechtsordnung des Einrederichters unterstehen, die Frage nach dem anwendbaren Recht für die Arbitrabilität prima facie nach dem Recht des Vollstreckungsrichters beurteilt, was nur wünschenswert sein kann. Dadurch wird dieselbe Frage in den verschiedenen Verfahrensstadien durch eine einzige Rechtsordnung erfasst. Natürlich dürfte die besondere Konstellation dieses Falles, wo die Rechtsordnung des voraussichtlichen Vollstreckungsrichters bereits im Verfahren vor dem Einrederichter bekannt

ist, nicht immer gegeben sein. Der 'glückliche Zufall' des Zusammenfallens der lex fori des Einrede- und Vollstreckungsrichters darf bei der Analyse dieses Urteils nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Kassationsgericht im Grunde genommen primär die materielle lex fori des Einrederichters angewendet hat:

"Ora il detto accertamento, preliminare ad ogni altro ed ovviamente di competenza del giudice adito, deve essere condotto alla stregua della legge di esso giudice, il quale appunto solo in base al suo ordinamento (in cui è inserita e con il quale va coordinata anche la convenzione internazionale ratificata) può spogliarsi della giurisdizione."

Darin liegt m.E. die eigentliche Kernaussage des Gerichts. Die Frage, ob Art. V Ziff. 1 lit. a auch vom Einrederichter anzuwenden sei, wurde vom Kassationsgericht konsequenterweise gar nicht gestellt, denn diese Bestimmung ist bedeutungslos. Damit musste sich das Gericht auch nicht zur Frage nach der Zulässigkeit der Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung bzw. für den materiellen Streitgegenstand äussern, welche bei dieser Fallkonstellation wahrscheinlich sowieso zu verneinen gewesen wäre. Das Gericht löst sich ganz offensichtlich von der dogmatischen Doppelnatur der objektiven Schiedsfähigkeit, womit die Frage nach der Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts der Schiedsvereinbarung hinter der prozessualen Hauptwirkung der objektiven Schiedsfähigkeit (Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit) zurücktritt. Diese von der herrschenden Lehre abweichende Konsequenz hat das Gericht allerdings nicht ausdrücklich so formuliert. Sie beruht auf der wertenden Analyse der Entscheidungsmotive durch den Verfasser dieser Arbeit.

Leitfall III, Zürcher Obergericht (Audi/NSU c. A. Petit SA):

Mit demselben Problem hatte sich das Zürcher Obergericht im Leitfall III zu befassen. Abweichend zum Fall Piersanti hatte sich hier das Schiedsgericht mit Sitz in Zürich bereits konstituiert. Mit Bezug auf die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes machte die Rekurrentin geltend, das Schiedsgericht habe zu Unrecht das Sitzrecht auf diese Frage angewendet. Das Obergericht führte dazu aus:

"Die Auffassung des Schiedsgerichts entspricht ständiger Praxis. Ob die Schiedsfähigkeit auch nach belgischem Recht zu bejahen wäre, kann dahin gestellt bleiben. Diese Frage stellt sich allenfalls bei der Vollstreckung des schiedsgerichtlichen Erkenntnisses. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts wird hiervon nicht berührt. Massgebend ist einzig, dass die Schiedsfähigkeit nach § 359 ZPO (heute § 238 ZPO) gegeben ist."

Das Obergericht hat sich die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. V Ziff. 1 lit. a NYU in diesem Verfahrensstadium ebenfalls nicht gestellt, obwohl die vorliegende Schiedsvereinbarung unter den Anwendungsbereich von Art. II NYU fiel. Ungeachtet der vorliegenden Rechtswahl der Parteien für den Hauptvertrag (deutsches Recht) hat es die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit gemäss seinem Kollisionsrecht nach Sitzrecht (schweizerischem Recht) geprüft. Die kumulative Doppelanknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit hätte im Ergebnis nichts anderes ergeben als entschieden wurde.

In diesem Fall liegt nun eine Besonderheit darin, dass die lex fori des Einrederichters mit dem Sitzrecht zusammenfällt. Darf aus dieser Tatsache in Verbindung mit dem Verweis auf § 359 aZPO ZH eine versteckte Einfachanknüpfung an die lex fori gefolgert werden? Die völlige Vernachlässigung des

Schiedsvertragsstatuts durch das Obergericht könnte diesen Schluss nahelegen. Wie hätte wohl das Obergericht im Rahmen eines Arrestprosequierungsverfahrens vor dem staatlichen Richter entschieden, wenn das Schiedsgericht noch gar nicht konstituiert worden wäre oder seinen Sitz in Mailand gehabt hätte?

Dem Recht des Vollstreckungsstaates hat das Obergericht, anders als im Fall Piersanti, bei der Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit nicht Rechnung getragen. Es entschied damit im Einklang mit der herrschenden Lehre, welche die Vollstreckbarkeit grundsätzlich als unmassgeblichen Anknüpfungsgesichtspunkt betrachtet<sup>83)</sup>. Die Parteien hätten das Risiko der Nichtvollstreckbarkeit selbst zu tragen. Zudem könnten sie dieses Risiko durch die Formulierung der Schiedsvereinbarung abschätzbar machen. Aus der Sicht des staatlichen Richters scheint mir diese Lehre richtig zu sein. Die Schiedsrichter dagegen tragen den Parteien gegenüber eine erhöhte Verantwortung in dem Sinne, als sie bei der Rechtsanwendung in der Sache auch die Vollstreckbarkeit im Auge behalten müssen (dazu a.a.O. 5. Kapitel).

Anhand dieser Beispiele aus der Rechtsprechung sollten einige Lösungsmöglichkeiten für die praktisch wichtigen Probleme bei der Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit skizziert werden. Dabei ging es dem Verfasser in allererster Linie darum, anhand der Ausgangsfrage, ob Art. V Ziff. 1 lit. a NYU auch im Verfahren vor dem Einrederichter gemäss

83) So auch die Expertenkommission zu einem IPR-Gesetz, Schlussbericht, S. 295.

Art. II Ziff. 3 NYU anwendbar sei, die Bedeutung des aleatorischen Momentes in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit für die Frage der Anknüpfung der Arbitrabilität hervorzuheben. Es könnten weitere Fallkonstellationen diskutiert werden, um damit aufzuzeigen, dass es letztlich keine Kollisionsregel gibt, die eine absolute Geltung für alle möglichen Fallvarianten beanspruchen könnte.

Zusammenfassend kann festgehalten werden:

1. Nach der vorherrschend vertretenen dogmatischen Einordnung der objektiven Schiedsfähigkeit führt die Rechtsnatur der objektiven Schiedsfähigkeit auch im Anwendungsbereich des NYU sowohl im Verfahren vor dem Einrederichter wie auch im Vollstreckungsverfahren zu einer unliebsamen kumulativen Anknüpfung der Arbitrabilität an die jeweilige lex fori des mit der Sache befassten Richters und an das Schiedsvertragsstatut. An dieser kumulativen Anknüpfung ändert auch die integrale Anwendung von Art. V Ziff. 1 lit. a NYU im Verfahren gem. Art. II Ziff. 3 NYU nichts.
2. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit ist die koordinierte Anwendung dieser beiden Bestimmungen grundsätzlich wünschenswert (Entscheidungseinklang), vermag aber die Rechtsanwendungsfrage für die objektive Schiedsfähigkeit dann nicht für alle Fälle im voraus klar zu lösen, wenn für die Schiedsvereinbarung eine Rechtswahl fehlt, denn die subsidiäre Anknüpfung von Art. V Ziff. 1 lit. a NYU setzt einen eruierbaren Sitz des Schiedsgerichts voraus, was gerade im Verfahren

vor dem Einrederichter nicht häufig zutreffen wird.

Fraglich erscheint es bei dieser Sachlage, ob die subsidiäre Anknüpfung an das Sitzrecht infolge der geschilderten Schwierigkeiten generell abzulehnen sei. Man wird dies bei Aufrechterhaltung der Doppelanknüpfung für die objektive Schiedsfähigkeit verneinen müssen, wenngleich dies zu einer unterschiedlichen Behandlung von in der Fragestellung (Gültigkeit der Schiedsvereinbarung) gleich gelagerten Fällen führt.

3. Für Fälle, wo die subsidiäre Anknüpfungsregel versagt, hat der Richter die objektive Schiedsfähigkeit dem Schiedsvertragsstatut zu unterstellen, welches er vermittels seines Kollisionsrechts ermittelt hat. Wie sich die Frage für den schweizerischen Richter stellt, soll nachfolgend de lege lata dargestellt werden.
5. Das zur Bestimmung der materiellen Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung anwendbare Recht aus schweizerischer Sicht

#### 5.1 Vorbemerkung

Bei der Prüfung der Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung hat der Richter neben anderen materiellen und formellen Gültigkeitserfordernissen die Zulässigkeit des notwendigen Inhalts der Schiedsvereinbarung zu ermitteln. Ein Schiedsvertrag ist nichtig, wenn das zu beurteilende Recht oder Rechtsverhältnis überhaupt nicht Gegenstand einer schiedsgerichtlichen Entscheidung sein kann<sup>84)</sup>. Diese bereits a.a.O. dargestellte

84) Guldener, ZPR, S. 602.

enge, sachliche Verknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit mit der Schiedsvereinbarung führt auch kollisionsrechtlich zu einer einheitlichen Behandlung der beiden Fragen, was aus dieser Sicht auch zwingend zum Ausschluss einer kollisionsrechtlichen Teilverweisung für die objektive Schiedsfähigkeit führt. Die Lösung der Rechtsanwendungsfrage für die Arbitrabilität hängt somit direkt auch von der Kollisionsnorm für die Schiedsvereinbarung ab. Im folgenden soll nun nur dieser Teilaspekt der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (Teilfrage) behandelt werden.

## 5.2 Die schweizerische Kollisionsnorm für die Schiedsvereinbarung unter besonderer Berücksichtigung der objektiven Schiedsfähigkeit

### 5.2.1 Im Vollstreckungsverfahren

Die Genfer Abkommen (GP und GA) schweigen sich über die Frage aus, nach welchem Recht die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung zu beurteilen ist. Das Bundesgericht hat jedoch in einer Reihe von Vollstreckungsfällen im Anwendungsbereich der Genfer Abkommen eine Kollisionsnorm entwickelt, wonach sich die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nach dem Sitzrecht richte (BGE 57 I 306, 76 I 349 E. 3, 93 I 55). Dabei ging das Bundesgericht stets von der prozessualen Natur der Schiedsvereinbarung aus, womit die Kollisionsnorm des Bundesgerichts dem internationalen Zivilprozessrecht angehört. In all diesen Fällen hat es das Bundesgericht

stets abgelehnt, eine nochmalige Prüfung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nach schweizerischer *lex fori* vorzunehmen. Das Bundesgericht stützt sich bei der Entwicklung dieser Kollisionsnorm auf die Praxis der umliegenden Staaten und hielt vor allem fest, die Hauptwirkung der Schiedsvereinbarung äussere sich nicht in erster Linie im Ausschluss der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte, sondern vielmehr in der Uebertragung der Urteilskompetenz auf das Schiedsgericht. Diese positive Wirkung trete am Sitz des Schiedsgerichts ein, weshalb die Gültigkeit der Schiedsabrede ausschliesslich nach Sitzrecht zu beurteilen sei. Bei der Untersuchung dieser Urteile ist hervorzuheben, dass die objektive Schiedsfähigkeit in keinem Fall Gegenstand des Rechtsstreites bildet. Es stellt sich daher die Frage, ob die Kollisionsnorm für die Schiedsvereinbarung unbesehen auch für die Teilfrage der objektiven Schiedsfähigkeit gilt, was zweifellos bejaht werden kann. Dies ergibt sich direkt aus der sachlogischen Verknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit als eine qualifizierte Eigenschaft des Vertragsinhalts mit der Gültigkeit (Rechtmässigkeit) der Schiedsvereinbarung. Allerdings - und dies tritt, wie schon bei der Untersuchung des NYU ausgeführt, zu dieser Anknüpfung zusätzlich hinzu - kann die mangelnde objektive Schiedsfähigkeit den *ordre public* verletzen, was zu einer kumulativen Anknüpfung an die *lex fori* führen kann<sup>85)</sup>.

85) So auch Guldener, IZPR, S. 111 N 91, welcher das Recht des Vollstreckungsstaates für die objektive Schiedsfähigkeit vorbehält: "Es kommen in dieser Hinsicht die gleichen Grundsätze zur Anwendung wie im Falle der Prorogation. Wie Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidung eines prorogierten ausländischen Gerichtes zu versagen sind, sofern das Inlandrecht einen zwingenden Gerichtsstand statuiert, sind Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsgerichtsurteiles ausgeschlossen, sofern das Inlandrecht die schiedsgerichtliche Beurteilung nicht zulässt."

Guldener<sup>86)</sup> schlägt a.a.O. im Zusammenhang mit der Behandlung des *ordre public* als Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis vor, die objektive Schiedsfähigkeit dann nicht dem Inlandrecht zu unterwerfen, wenn das beurteilte Rechtsverhältnis materiell nicht vom Inlandrecht beherrscht ist. Es könne dann im Sinne des Inlandrechts liegen, in diesem Punkt auf das materiell anwendbare Recht abzustellen<sup>87)</sup>. Dieser Vorschlag vermischt m.E. die Frage nach der Binnenbeziehung, welche sich im Zusammenhang mit *ordre public*-Erwägungen stellt, mit der normalen Rechtsanwendungsfrage. Dort geht es um die Vermeidung eines unhaltbaren Resultats durch einen ausländischen Rechtsakt bzw. die Anwendung ausländischen Rechts, hier aber um die Ermittlung eines sachlich gerechtfertigten Anknüpfungspunktes, welcher sich aus der Natur der Sache ergeben muss. Der vorgeschlagenen Lösung von Guldener hängt zudem die Gefahr an, dass das auf das Rechtsverhältnis anwendbare Recht die objektive Schiedsfähigkeit gerade ausschliesst, nach schweizerischem Recht dagegen der Streitgegenstand arbitrabel ist, was bei der liberalen Haltung der Schweiz gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit bzw. der in einigen Ländern zunehmenden Schiedsgerichtsfeindlichkeit (Schutzgesetzgebung, Staatsinteressen, etc.) nicht vernachlässigt werden kann. Fast willkürlich wirkt schliesslich diese Anknüpfung, wenn die Parteien das auf den Hauptspruch anwendbare Recht durch eine in der Schweiz anerkannte Rechtswahl festgelegt haben und sich diese Rechtswahl für

86) Guldener, IZPR, S. 112 N 97.

87) Gleicher Meinung unter Bezugnahme auf Guldener, Rüede/Hadenfeldt § 10 II 2 b), Sträuli/Messmer § 238 N 2.

die Parteien nun hinsichtlich der objektiven Schiedsfähigkeit als 'Bumerang' erweist, indem das Urteil in der Schweiz nicht anerkannt und vollstreckt werden kann. Die Anknüpfung an das auf den Hauptanspruch anwendbare Recht ist, wenn auch nur ausnahmsweise zur Anwendung berufen, aus dogmatischen und praktischen Ueberlegungen abzulehnen, da sie der prozessualen Wirkung, welche die objektive Schiedsfähigkeit äussert, keine Rechnung trägt, diese aber in der Rechtswirklichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit im Vordergrund steht, wie a.a.O. ausgeführt wurde.

Die Darstellung der geltenden Kollisionsnorm für die Schiedsvereinbarung im Vollstreckungsverfahren wurde auf der Grundlage der staatsvertraglichen Regelung entwickelt. Diese bundesrechtliche Kollisionsnorm ist für die Kantone im Anwendungsbereich der Genfer Abkommen verbindliches Recht. Soweit staatsvertragliche Regeln über die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche fehlen, bestimmt allein das kantonale Recht, ob und unter welcher Voraussetzung ausländische Schiedsgerichtsurteile vollstreckt werden. Dies gilt auch für die Vollstreckung von Urteilen, welche auf Geld- oder Sicherheitsleistung lauten, obwohl in diesem Bereich der Bund nach Art. 64 BV berechtigt wäre, die Akzeptation ausländischer Schiedssprüche abschliessend zu regeln. Der Bund hat seine Kompetenz diesbezüglich einzig in Art. 81 Abs. 3 SchKG für das Rechtsöffnungsverfahren wahrgenommen. Allerdings gelten die staatsvertraglichen Regeln gem. Art. 81 Abs. 3 SchKG ausnahmslos auch im kantonalen Recht, ungeachtet des in den Staatsverträgen vorgesehenen Günstigkeits-

vorbehalts des Landesrechts (vgl. Art. VII Ziff. 1 NYU und Art. V GA)<sup>88)</sup>.

Die Kantone befolgen bei der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen die allgemeinen Grundsätze für die Akzeptation ausländischer, staatlicher Gerichtsurteile<sup>89)</sup>.

Eine allgemeine Voraussetzung ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, womit die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ausgewiesen sein muss. In Zürich verlangt § 302 ZPO den Nachweis der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nach Sitzrecht<sup>90)</sup>, womit auch die objektive Schiedsfähigkeit nach Sitzrecht nachgewiesen werden muss. Damit deckt sich die zürcherische Regel mit der im Anwendungsbereich der Genfer Abkommen entwickelten, bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Auffallend ist, dass sich die zürcherische Rechtsprechung auch ausdrücklich und regelmässig auf die bundesgerichtliche bezieht. Dabei werden immer wieder BGE 76 I 349 und BGE 57 I 303 zitiert, wo das Bundesgericht die staatsvertragliche Lücke der Genfer Abkommen bezüglich des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts durch eine bundesrechtliche IZPR-Norm gefüllt hat (vgl. auch BGE 94 I 54 E. 3a.). Die zitierten BGE sind im Wortlaut allgemein abgefasst, so dass sich die Frage aufdrängt, ob den Kantonen in diesem Bereich überhaupt noch ein Regelungskompetenz verbleibt.

88) BGE 76 I 346 f. Diesem Urteil haben Guldener, IZPR, S. 132 FN 17; Bertheau S. 98 ff; Schulthess, S. 79/80 widersprochen.

89) Guldener, IZPR, S. 107.

90) Sträuli/Messmer nach § 258 N 6; ZR 64 (1965) Nr. 31 (S. 31 unten). Vgl. auch H.C. Schulthess, S. 106, welcher allerdings der Frage nicht weiter nachgeht.

In BGE 76 I 349 heisst es:

"Das Genfer Abkommen sagt nicht, nach welcher Gesetzgebung sich die Gültigkeit der Schiedsklausel beurteile. Der Vollstreckungsrichter hat daher diese Gesetzgebung auf Grund der in seinem Lande geltenden Normen zu bestimmen. Nach dem in der Schweiz geltenden internationalen Privat- und Prozessrecht ist im vorliegenden Fall grundsätzlich das englische Recht anwendbar, als das Recht des Staates, in dem sich der Sitz des vereinbarten Schiedsgerichtes befindet (BGE 57 I 302 ff. und weitere Verweise auf nicht publizierte Entscheide)."

Im Blick auf die grosse praktische Bedeutung der staatsvertraglichen Regeln darf m.E. die bundesgerichtliche Formulierung als bundesrechtliche Norm der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit aufgefasst werden, von welcher im ausserstaatsvertraglichen Bereich nicht ohne Not abgewichen werden darf. Für die Teilfrage der objektiven Schiedsfähigkeit gilt die bundesrechtliche Anknüpfung an das Sitzrecht zwingend auch für die Kantone, da sich die objektive Schiedsfähigkeit im schweizerischen Recht anerkanntermassen aus dem materiellen Recht ergibt, womit dem Bundesrecht auch die kollisionsrechtlichen Regeln entnommen werden müssen. Man hat es alsdann mit einer international-privatrechtlichen Teilfrage im Zusammenhang mit einer international-zivilprozessualen Hauptfrage (Gültigkeit der Schiedsvereinbarung) zu tun. Diese rechtsquellenmässige Zuordnung der objektiven Schiedsfähigkeit zum eidgenössischen Recht wirkt sich auch im Hinblick auf die Unterscheidung bundesrechtlicher und kantonaler ordre public aus. Die Zuordnung der objektiven Schiedsfähigkeit zum Begriff der öffentlichen Ordnung, wie es im 3. Kapitel dargelegt wurde, führt in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zur Anwendung des bundesrechtlichen ordre public-Vorbehalts. Dies gilt selbst dann, wenn

die prozessuale Wirkung der objektiven Schiedsfähigkeit zur Diskussion steht, da IZPR-Normen (Gültigkeit der Schiedsvereinbarung) den IPR-Normen nicht widersprechen dürfen<sup>91)</sup>. Als Rechtsmittel kommen im Kanton Zürich in Betracht: Gegen Rechtsöffnungsentscheide des Einzelrichters ausnahmsweise der Rekurs (§ 272 Ziff. 3 ZPO), gegen andere vollstreckungsrechtliche Verfügungen im Befehlsverfahren das ordentliche Rechtsmittel des summarischen Verfahrens (Rekurs, § 272 ZPO). Kantonale Vollstreckungsentscheide unterliegen weder der Berufung noch der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht, weil diese Rechtsmittel nur in Zivilsachen zur Verfügung stehen. Dagegen ist die staatsrechtliche Beschwerde, teils mit umfassender Kognition zulässig<sup>92)</sup>.

Ein besonderes Problem, welches sich bei der Ermittlung des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts stellen kann, ist die Anerkennung der Parteiautonomie bezüglich der Schiedsabrede. Die spezifische Problematik erwächst in der Schweiz aus der Qualifikation der Schiedsvereinbarung als prozessrechtlicher Vertrag. Daher - so könnte argumentiert werden - sei die Schiedsvereinbarung der Parteidisposition infolge des öffentlich-rechtlichen Charakters des Prozessrechtes entzogen.

Im Blick auf das NYU als lex lata und auf Art. 171 und 180 IPR-Entwurf hat der Streit über die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit einer

91) Vgl. dazu eingehend H.C. Schulthess, S. 10 - 12.

92) Guldener, IZPR, S. 90 und 167. BGE 96 II 377. Sträuli/Messmer § 305 N 10.

Rechtswahl nur noch doktrinäre Bedeutung. Die Diskussion darüber hat in der Lehre bei Vertretern beider Meinungen oftmals zu einem extremen Positionsbezug geführt, was einen Vertreter der privatrechtlichen Natur zur Bemerkung veranlasst hat, es gehe bei diesem Streit um eine "ärgerliche Begriffsjuristerei"<sup>93)</sup>. Für die hier interessierende Frage der objektiven Schiedsfähigkeit bedeutet die Anerkennung der Parteiautonomie für die Schiedsvereinbarung durch die Schweiz im NYU die mittelbare Bestimmung des anwendbaren Rechts auf die Frage der Arbitrabilität durch die Rechtswahl der Parteien. Es obliegt den Parteien, das Risiko einer mehrfachen Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit abzuschätzen (gewähltes Recht - Sitzrecht als lex fori - Recht des Vollstreckungsrichters als lex fori). Der schweizerische Vollstreckungsrichter wird im Anwendungsbereich des NYU bei Vorliegen einer Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung die objektive Schiedsfähigkeit nur nach dem gewählten Recht und gegebenenfalls nach seiner lex fori prüfen. Ob unter der Herrschaft des kantonalen Rechts im Vollstreckungsverfahren - also im ausserstaatsvertraglichen Bereich - eine Rechtswahl anzuerkennen ist, wurde meines Wissens noch nicht ausdrücklich entschieden<sup>94)</sup>. Die Frage ist wohl zu bejahen, zumal die Parteien in den meisten Kantonen das anwendbare Verfahrensrecht selbst weitgehend bestimmen können<sup>95)</sup> und unter diesem Aspekt nicht einzusehen

93) Gentinetta, S. 101.

94) Auch das Bundesgericht hat in BGE 93 I 54 die Möglichkeit der Rechtswahl nach dem NYU lediglich kurz erwähnt, ohne jedoch dazu Stellung zu nehmen.

95) Konkordat Art. 24.

ist, warum ihnen die Parteiautonomie in Bezug auf die Schiedsvereinbarung verwehrt sein sollte. Im Blick auf die Praxis der umliegenden Staaten und im Hinblick darauf, dass die Rechtswahl im NYU ihren Niederschlag gefunden hat, womit die Gesamttendenz des Uebereinkommens zur Statuierung der grösstmöglichen Parteiautonomie auch diesbezüglich zum Ausdruck kommt, darf wohl von einem allgemein anerkannten Prinzip der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gesprochen werden, an das sich auch die Schweiz generell halten soll.

#### 5.2.2 Im Verfahren vor dem Einrederichter

Wie bereits bei der Ermittlung des Anwendungsbereichs des NYU festgestellt wurde, besteht für die Vertragsstaaten keine staatsvertragliche Pflicht, die Kollisionsnorm des Abkommens für die Schiedsvereinbarung im Vollstreckungsverfahren auch im Verfahren vor dem Einrederichter anzuwenden. Eine analoge Anwendung dürfte jedoch im Sinne und Geist des Abkommens liegen, was auch in der Botschaft des Bundesrates betr. die Genehmigung des NYU zum Ausdruck kommt<sup>96)</sup>. Höchststrichterlich wurde die Frage noch nicht entschieden. Das Zürcher Obergericht hat im Leitfall III dagegen das NYU nicht angewendet und die objektive Schiedsfähigkeit nach Sitzrecht, welches sich in casu mit der lex fori deckte, angewendet. Damit hat es auch zur Rechtswahl der Parteien für die Schiedsvereinbarung keine

96) BBl 1964, Bd II, S. 611.

Stellung genommen. Auch der bereits zitierte Entscheid des Zürcher Obergerichts (ZR 55 (1956) Nr. 118) hat sich nicht an den Prinzipien des dazumal für die Schweiz allerdings noch nicht in Kraft stehenden NYU orientiert und die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (inkl. der Teilfrage der objektiven Schiedsfähigkeit, vgl. S. 255 des Entscheides) kumulativ nach Sitzrecht und nach der *lex fori* beurteilt. Ebenso das Zürcher Handelsgericht in ZR 64 (1965) Nr. 13 unter Berufung auf BGE 88 I 104/105.

### III. Zusammenfassung und kritische Würdigung der geltenden Regelung

1. Die objektive Schiedsfähigkeit ist im schweizerischen Recht als Institut des materiellen Bundesprivatrechts zu qualifizieren, denn die freie Verfügbarkeit eines Anspruchs bzw. eines Rechtsverhältnisses ergibt sich aus dem materiellen Recht (Art. 19 OR).
2. Im Verhältnis zur Schiedsvereinbarung stellt die objektive Schiedsfähigkeit eine Gültigkeitsvoraussetzung dar. In der innerstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit hängt die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, welche nach herrschender Lehre als prozessrechtlicher Vertrag qualifiziert wird, von der präjudiziellen Vorfrage des materiellen Rechts ab.

3. Die objektive Schiedsfähigkeit äussert neben ihrer materiell-rechtlichen Rechtsnatur prozessrechtliche (öffentlich-rechtliche) Wirkungen, indem die Schiedsvereinbarung bei Vorliegen der Arbitrabilität die sog. negative und positive Wirkung eintreten lässt. Diese staatshoheitlich, in der Form des Prozessrechts sanktionierte Wirkung in Bezug auf den gültigen Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit entfaltet sich unabhängig von der prozess- oder materiellrechtlichen Natur der Schiedsvereinbarung. Vielmehr bestimmen hoheitliche, staatliche Regelungsinteressen den Bereich, innerhalb dessen die Schiedsgerichtsbarkeit zugelassen wird.
4. Kollisionsrechtlich tritt die Frage nach der Arbitrabilität zunächst immer im Zusammenhang mit der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung auf. Diese enge sachliche Verknüpfung muss daher zur einheitlichen Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit mit der Schiedsvereinbarung führen. Fehlt eine Rechtswahl darüber - welche en ligne de principe im Rahmen legitimer Parteiinteressen anzuerkennen ist - so ist auf das Sitzrecht als jenes Recht abzustellen, welches der Schiedsvereinbarung die Wirksamkeit zuerkennt und somit die prozessuale Wirkung eintreten lässt. Verweist das Sitzrecht auf das in der Sache anwendbare Recht weiter, so soll diese Weiterverweisung i.S. einer Sachnormverweisung nach den allgemeinen Regeln des IPR beachtet werden.

5. Die Doppelnatur der objektiven Schiedsfähigkeit sollte nun - und darin liegt die Kritik an der geltenden Regelung - nach Möglichkeit nicht zu einer kumulativen Anknüpfung führen. Davon abzusehen würde auch dem NYU nicht entgegenlaufen, da dieses die Behandlung der Arbitrabilität jedem Staat selbst überlässt. Bei allen Bestrebungen, die 'beste' Kollisionsnorm für die objektive Schiedsfähigkeit zu finden, können die faktisch bedeutsamen Regelungsansprüche all jener Staaten, die im Verlaufe eines internationalen Schiedsverfahrens mit der Sache befasst werden, nicht aus dem Auge verloren werden. Ueberall dort, wo die verschiedenen Staaten ein gesteigertes Bedürfnis an richtiger Streitentscheidung besitzen und daher die Anonymität der Schiedsgerichtsbarkeit ausschliessen, werden sie die in allen Rechtsordnungen geübte Kontrolle durch den ordre public ausüben. Sie können dies dadurch tun, dass sie zum vornherein gewisse Streitigkeiten als nicht schiedsfähig bezeichnen oder aber dadurch, dass sie einen erlassenen Schiedsspruch inhaltlich kontrollieren. Die für die Schweiz in Kraft stehenden internationalen Uebereinkommen lassen dies in jedem Verfahrensstadium zu.

Der dargelegte Regelungszusammenhang zwischen der objektiven Schiedsfähigkeit und dem ordre public überlagert die kollisionsrechtliche Frage nach der Primäranknüpfung und relativiert deren Bedeutung. Auf diesen Regelungszusammenhang als eigentliche sedes

materiae der schwierigen Fragen um die Arbitrabilität in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist im folgenden Kapitel einzugehen.

IV. Exkurs: Die Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung

Die Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung kann erfolgen entweder durch einen Verweisungsvertrag bezüglich des auf das Rechtsverhältnis selbst anwendbaren Rechts, oder durch eine selbständige Teilverweisung für die Schiedsvereinbarung, was dann unentbehrlich ist, wenn die Schiedsvereinbarung als prozessrechtlicher Vertrag qualifiziert wird. In Bezug auf den Umfang der Parteiautonomie besteht im Anwendungsbereich des NYU allerdings ein qualitativer Unterschied zwischen der Verweisung für den materiellen Anspruch und der Verweisung für die Schiedsvereinbarung. Der definitive Wortlaut des NYU erlaubt es den Parteien, das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht unabhängig vom Sitz des Schiedsgerichts völlig frei zu bestimmen. Nach Bertheau (S. 72) ist es nicht erforderlich, "dass irgendeine tatsächliche oder rechtliche Beziehung zwischen der Schiedsabrede und dem Land besteht, dessen Recht von den Parteien gewählt wurde". Beizufügen ist hier jedoch, dass die Parteiautonomie gerade bezüglich der objektiven Schiedsfähigkeit nicht schranklos ist, denn zumindest die ordre public-Vorschriften des Sitzstaates müssen durch die Rechtswahl respektiert werden, wenn die Parteien nicht riskieren wollen, dass der Sitzstaat der Schiedsvereinbarung die Wirksamkeit versagt.

Im Vollstreckungsverfahren darf die Rechtswahl zudem den ordre public des Vollstreckungsstaates nicht verletzen. Dass schliesslich auch die ordre public-Vorschriften des gewählten Rechts zu berücksichtigen sind, liegt in der Natur der Rechtswahl. Die Parteiautonomie für die Schiedsvereinbarung wird unter dem Gesichtspunkt der Arbitrabilität durch die im internationalen Bereich dem Grundsatz nach generell geltende Betrachtungsweise, wonach die objektive Schiedsfähigkeit einen Anwendungsfall des ordre public des jeweiligen Staates darstellt (vgl. dazu insbesondere die Entstehungsgeschichte des NYU), praktisch erheblich geschmälert und risikobeladen.

Der Umfang der Parteiautonomie bezüglich des materiell anwendbaren Rechts wurde im NYU nicht umschrieben. Der staatliche Richter in der Schweiz hat daher die Antwort darüber seinem Kollisionsrecht zu entnehmen. Die Festlegung des Umfangs dieser Parteiautonomie erfolgt nun nach anderen Kriterien als jene für die Schiedsvereinbarung. Dies gilt es bei der materiellrechtlichen Qualifikation der Schiedsvereinbarung stets zu berücksichtigen!

Welches Kollisionsrecht die Schiedsrichter anzuwenden haben, ist umstritten. Für Klein hängt die Frage vom Kollisionsrecht des auf das Verfahren anwendbaren Rechts ab, welches ebenfalls durch die Parteien gewählt werden kann (F.E. Klein in SJZ 57 (1961), S. 250. Vgl. auch Konkordat Art. 1 Abs. 2 sowie Art. V Ziff. 1 lit. d NYU). Anderer Ansicht (Kollisionsrecht des Sitzstaates) sind Rüede/Hadenfeldt § 38 III 3 a.; vgl. auch Wenger/Lalive, Colloques, S. 67 ff. Aufschlussreich dazu auch der Bericht der Expertenkommission zum IPR-Gesetz, S. 298. Weitere Literaturhinweise dazu: P. Lalive, Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Revue de l'Arbitrage 1976, S. 155 ff.; Carlo Croff, The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is it still a Conflict of Laws Problem?, The International Lawyer 1982, S. 613 ff.

## 5. Kapitel

Staatliche Regelungsinteressen bei der Umschreibung der objektiven Schiedsfähigkeit und ihre Durchsetzung mit Hilfe des ordre public

---

### I. Vorbemerkung

Im internationalen Vergleich verfügt die Schweiz unter dem Gesichtspunkt der objektiven Schiedsfähigkeit über eine der liberalsten und schiedsgerichtsfreundlichsten Ordnungen der Welt. Eine ausführliche, rechtsvergleichende Darstellung der geltenden Ordnungen in den verschiedenen Staaten würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten. Ausdrücklich hingewiesen sei hier jedoch auf die Darstellungen der verschiedenen Länderberichterstatter im Yearbook for Commercial Arbitration über die Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem Land<sup>1)</sup>, wo auch jeweils die objektive Schiedsfähigkeit dargestellt wird.

Beim rechtsvergleichenden Studium der einzelnen Rechtsordnungen fällt die besondere Skepsis vieler Staaten gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit namentlich in folgenden privatrechtlichen Rechtsgebieten auf, die im internationalen Rechtsverkehr von grosser praktischer Bedeutung sind:

#### A. Gewerblicher Rechtsschutz

- Patentrecht (insbesondere Patentnichtigkeitsklagen)
- Markenrecht (Schutzfähigkeit einer Marke)

Solche Streitigkeiten treten meist in Verbindung mit Lizenzverträgen auf.

1) YCA, National Reports, jeweils im II. Kapitel (Arbitration Agreement), Ziffer 3 (Domain of Arbitration).

B. Gesellschafts- und Unternehmensrecht

- Klagen auf Auflösung von Gesellschaften
- Anfechtung von Gesellschaftsversammlungsbeschlüssen
- Verantwortlichkeitsklagen
- Firmenrechtliche Streitigkeiten
- Wertpapiertransaktionen (Anlegerschutzrecht)

C. Wettbewerbsrecht

- Kartellrechtsstreitigkeiten (vgl. z.B. Art. 85/86 EWG-Vertrag)
- Klagen aus unlauterem Wettbewerb

D. Konkursrecht

- Klagen mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Rechtsverhältnisse

E. Vertriebsrecht

- Insbesondere Klagen im Zusammenhang mit der Auflösung von Alleinvertriebsverträgen

F. Arbeitsrecht

G. Familien- und Erbrecht

- Insbesondere güter- und erbrechtliche Auseinandersetzungen, Unterhaltsregelungen bei Scheidungen und Vaterschaftsprozessen

Auf eine Gesamtdarstellung der in der Schweiz geltenden Regelung über die der Schiedsgerichtsbarkeit zugänglichen Materien wird verzichtet, da darüber bereits Zusammenstellungen bestehen. Hingewiesen sei hier besonders auf einige neuere Arbeiten:

- Rüede/Hadenfeldt, Schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1980, § 10 II, S. 41 - 46
- Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 603/4
- H.U. Walder, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1983, § 5 FN 105, S. 71, zur objektiven Schiedsfähigkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten
- Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1982, § 238 N 4/5

Hinweise für die Regelung in anderen Staaten:

- Sandrock, Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung, Heidelberg 1980, Bd. 2, S. 909 - 922 (EG-Staaten, Schweiz, Oesterreich, USA, Kanada, Japan und Australien)

- Yearbook for Commercial Arbitration (vgl. FN 1). Bis 1983 lagen Uebersichten von insgesamt 54 Staaten vor.
- Für Deutschland: Bärmann, Schiedsfähigkeit in FS für F. Weber, Berlin/New York 1975, S. 11 - 18
- Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Bd. 1, Tübingen 1975, RZ 275 - 297 (BRD, Frankreich, USA, England)

Die Schweiz verfügt nun ausserhalb staatsvertraglicher Regelungen über keine Möglichkeit, direkt schiedsgerichtsfeindliche Massnahmen fremder Staaten zu beeinflussen. Indirekt jedoch gibt es Möglichkeiten, die internationale Schiedsgerichtsbarkeit durch die eigene Rechtsordnung zu fördern. Darauf soll in diesem Kapitel näher eingegangen werden.

## II. Ordre public und objektive Schiedsfähigkeit

Rechte und Rechtsverhältnisse, an denen die Oeffentlichkeit ein besonderes Interesse hat, sind regelmässig der Beurteilung durch Schiedsgerichte entzogen. Literatur und Rechtsprechung messen daher der objektiven Schiedsfähigkeit einen ordnungspolitischen ordre public-Charakter zu. Dies gilt grundsätzlich für rein innerstaatliche, wie auch internationale Fallkonstellationen. Die Regulationsinteressen der Gesetzgeber und Richter (als Gesetzgeber!) bei der Umschreibung der objektiven Schiedsfähigkeit lassen sich so wenig in präzise Begriffe fassen, wie dies beim ordre public als unbestimmtem Rechtsbegriff der Fall ist. Funktionell erfüllen die Wertungsmassstäbe zur Ausfüllung dieses spezifischen ordre public im Zusammenhang mit der

objektiven Schiedsfähigkeit eine positive und negative Funktion: Die negative Funktion kommt in einer nachträglichen Inhaltskontrolle von ausländischen Schiedssprüchen zum Ausdruck. Die positive Funktion dagegen dient unmittelbar der Abgrenzung schiedsfähiger von nicht schiedsfähigen Rechten und Rechtsverhältnissen, wobei sich der *ordre public* auf den Schutz und die Durchsetzung des staatlichen Rechtspflegemonopols bezieht. Sinnvoll wäre es von einem "*ordre public étatique*" als Abgrenzung zum allgemeinen *ordre public* im IPR zu sprechen.

Der *ordre public*-Charakter der staatlichen Rechtsschutzgewährung im Zusammenhang mit der objektiven Schiedsfähigkeit ergibt sich dabei aus der gesetzgeberischen bzw. richterlichen Wertung sich zum Teil widersprechender und widerstreitender Interessen.

Ausgangspunkt für die Interessenabwägung ist der für eine liberale Rechtsordnung hoch zu veranschlagende Geltungsanspruch der Privatautonomie, zu deren Gewährleistung der Staat durch Unterlassung staatlicher Eingriffe beitragen muss. Der staatliche Schutz des fundamentalen Prinzips der Privatautonomie muss sich aber u.U. auch auf private Vorkehren oder Vereinbarungen erstrecken, wenn sie geeignet sind, das Institut der Privatautonomie auszuhöhlen, was namentlich dann der Fall sein kann, wenn durch den Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit der hoheitlich gewährleistete Persönlichkeitsschutzanspruch tangiert wird. Hier kann die objektive Schiedsfähigkeit durch das Korrektiv von Art. 2 und 27 ZGB im Einzelfall aus Gründen des

öffentlichen Interesses ausgeschlossen wurden (vgl. dazu den Leitfall II, wo eine Verletzung von Art. 2 und 27 ZGB allerdings verneint wurde).

Eine weitere, wichtige Kategorie von öffentlichen Interessen, welche die ausnahmslose Durchsetzung des staatlichen Rechtspflegemonopols erfordern kann, liegt im Gebiet der Ordnungspolitik (Sozial-, Wirtschafts- und Fiskal-, Währungs- und Aussenhandelspolitik). Die Diskussion um die sog. lois politiques (= öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen, welche regulativ Privatrechtsverhältnisse beeinflussen), hat ihre besondere Ausprägung v.a. im Zusammenhang mit der Berücksichtigung des sog. Drittstaaten-ordre public bei der Rechtsanwendung erhalten<sup>2)</sup>, gewinnt aber in unserem Zusammenhang ebenfalls eine stets zunehmende Bedeutung, indem solche Normen, welche sich formell auch in Privatrechtserlassen finden, von den erlassenden Staaten als lois d'application immédiates (positiver ordre public) zur Umschreibung der objektiven Schiedsfähigkeit dienlich gemacht werden. Man denke hier beispielsweise an die amerikanischen Antitrust-<sup>3)</sup> oder Börsengesetzgebung<sup>4)</sup>, die sog. Export-Control-Laws, den bundesrechtlichen Automobile

2) Vgl. auf Gesetzesstufe z.B. Art. 18 IPR-Entwurf.

3) Dazu z.B. der Entscheid des United States Court of Appeals vom 8. Juli 1974 i.S. Mc Creary & Rubber Cp. v. CEAT, 501 Federal Reporters, 2 d / 1032.

4) Dazu Leitfall IV.

Dealer Franchise Act<sup>5)</sup>.

Als weiteres Beispiel für eine klassische loi d'application immédiate kann auch das für europäische Verhältnisse besonders weitreichende belgische Gesetz vom 27.7.1961 über die einseitige Auflösung von Vertriebsverträgen angeführt werden (vgl. hierzu den Leitfall III<sup>6)</sup>), welches die objektive Schiedsfähigkeit hierüber völlig ausschliesst, einen ausschliesslichen belgischen Gerichtsstand schafft und zwingend die Anwendbarkeit des belgischen Rechts vorsieht.

- 5) Beim auch als Automobile Dealer's Day in Court Act von 1956 bekannten Gesetz, welches auf "passenger cars, trucks or station wagons" anwendbar ist und dem Händler mit Geschäftssitz in den USA unterworfen sind, geht es um den Schutz von amerikanischen Importeuren (sog. distributors). In den im Anwendungsbereich dieses Gesetzes ergangenen Entscheiden amerikanischer Gerichte spielt regelmässig der "strong public policy"-Charakter des Gesetzes bei der Prüfung der Zulässigkeit von Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsklauseln die entscheidende Rolle. Die public policy des Forumstaates ist regelmässig dann betroffen, wenn die Rechtmässigkeit von Vereinbarungen europäischer Produzenten mit amerikanischen Händlern ins amerikanische Antitrustrecht hineinspielt. Im Entscheid *Overseas Motors Inc. v. Import Motors Ltd. Inc.* (375 F. Supp. 499 (1974)) hatte ein Bundesgericht von Michigan darüber zu befinden, ob und in welchem Umfang eine durch ein Zürcher Schiedsgericht ergangenes Säumnisurteil, welchem deutsches Recht zugrunde lag (Rechtswahl), der Rechtskraft fähig war. Die Rechtskraftsfähigkeit (und somit die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes) wurde für die durch den Schiedsspruch umfassten vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien insoweit bejaht, als damit nicht der Entscheidung über die zur ausschliesslichen Zuständigkeit der Bundesgerichte gehörende Antitrust-Materie vorgegriffen wird. In dieser Entscheidung wurde ausdrücklich auf den vielbeachteten, liberalen Entscheid der Supreme Court der USA, *The Bremen v. Zapata off-shore Co.*, 407 U.S.1 (1974), Bezug genommen (Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung auf englisches Recht bzw. englisches forum). Vgl. zum ganzen ausführlich (mit Rechtsvergleichung) W. Lorenz, Die Beendigung von Vertriebsverträgen europäischer Produzenten mit Vertragshändlern in den Vereinigten Staaten von Amerika, FS für Kurt Lipstein - Multum non Multa -, Heidelberg/Karlsruhe 1980, S. 157 ff.
- 6) Ebenso qualifiziert F. Rigaux, *Droit international privé* (1968), Nr. 84, S. 119, dieses Gesetz. Weitere Literaturhinweise bei W. Lorenz, zit. in FN 5, S. 166 FN 31, welcher u.a. F. Sturms Bemerkung zitiert, diese Regelung trage "stark protektionistische Züge" und sie sei im übrigen für einen "Ausdruck kleinbürgerlichen Denkens" zu halten. Vgl. auch R. Ledoux, *L'arbitrage en matière de concession de vente*, *Revue de l'Arbitrage* 1978, S. 156 - 174.

Als weiterer Beleg für öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen in Privatrechtsverhältnisse mit positivem ordre public-Charakter kann die französische Regelung über die objektive Schiedsfähigkeit von (nationalen und internationalen) Patentrechtsstreitigkeiten (Patentnichtigkeits- und Verletzungsklagen) gelten. Nach französischem Patentrecht (Art. 68 Abs. 1 Ziff. 3 PatG in Verbindung mit Art. 52 PatG und Art. 2059/60 Code Civil) ist die objektive Schiedsfähigkeit in dieser Materie ausgeschlossen, da der Streitgegenstand nach konstanter Rechtsprechung den französischen ordre public interne und international regelmässig "betrifft" (intérêt l'ordre public)<sup>7)</sup>.

Auch die italienische Gesetzgebung im Bereich des Arbeitsrechts<sup>8)</sup>, welche die schiedsgerichtliche Beurteilung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ausschliesst (vgl. Leitfall VI), steht im Dienste öffentlicher Interessen (Arbeitnehmerschutz für italienische Arbeitskräfte) und verlangt absolute Geltung.

In der deutschen Lehre wurden zum Teil starke Bedenken gegen ein Uebergreifen der privaten Schiedsgerichtsbarkeit auf diejenigen Gebiete erhoben, die wesentliche Bestandteile der öffentlichen Ordnung eines Staates darstellen.

7) Dazu eingehend A.B. Schwyer, Patentnichtigkeit und Patentverletzung und deren Beurteilung durch internationale Schiedsgerichte nach dem Recht der Schweiz, Deutschland, Italiens und Frankreichs, Diss. München 1981, S. 117 ff./141 ff. Diesselbe, Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte zur Entscheidung über Fragen der Nichtigkeit und Verletzung von Patenten, GRUR International 3/1983, S. 149 - 156.

8) Zum italienischen Gesetz Nr. 533 von 1973 ausführlich Perone, Novissimo Digesto Italiano, Appendice A - Cod, Torino 1980, S. 369 ff.

Dazu gehört insbesondere das Kartellrecht. V.a. Kronstein<sup>9)</sup> hat in seinem Werk über das Recht der Internationalen Kartelle auf die Gefahr hingewiesen, die die Schiedsgerichtsbarkeit für die Durchsetzung staatlicher Wirtschaftspolitik darstellen kann. Immerhin hat die Kartellrechtsschiedsgerichtsbarkeit in Deutschland eine lange Tradition und wird auch heute noch praktiziert, soweit dies mit dem EG-Recht vereinbar ist.

Als Sonderproblem tritt für die Mitglieder der EG-Staaten in diesem Zusammenhang das Problem auf, ob Schiedsgerichte zuständig sind, über Fragen des Europäischen Gemeinschaftsrechts zu entscheiden, wenn sie im Rahmen eines privatrechtlichen Rechtsstreites auftreten<sup>10)</sup>. In Italien beispielsweise scheinen Streitigkeiten im Zusammenhang mit Art. 85/86 EG-Vertrag insoweit nicht schiedsfähig zu sein, als die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes in Frage steht<sup>11)</sup>. Aus der unterschiedlichen Behandlung von

9) H. Kronstein, Das Recht der internationalen Kartelle, Berlin, S. 212 ff./321 ff. Unter Berufung auf Meinhardt misst Kronstein der Patentschiedsgerichtsbarkeit eine grosse Bedeutung zu, denn Vereinbarungen über die gemeinschaftliche Benutzung der Patente und anderer Schutzrechte seien "vielfach der Kristallisationskern" für das Zustandekommen eines Kartells (S. 223). Vgl. dazu auch J. Bärmann, Schiedsfähigkeit, in FS für F. Weber, S. 15/6, sowie G. van Hecke, Arbitrage et règles des concurrence in Revue de l'Arbitrage 1971, S. 191 ff. Entscheid der Cour d'appel de Douai in Revue de l'Arbitrage 1976, S. 239 ff. mit Anmerkung Françon, S. 242 ff.

10) Dazu Schlosser I, RZ 289-292 sowie v. Hülse in Rabels Z 35 (1971), S. 151 ff. Beide scheinen klar davon auszugehen, dass es - mangels einer Regelung durch das Gemeinschaftsrecht selbst - eine Frage des nationalen Rechts ist zu bestimmen, inwieweit Schiedsrichter zur Entscheidung über Anwendung und Auslegung von EG-Recht berufen sind. A.M. Robert in Revue de l'Arbitrage 1966, S. 23 ff., welcher Art. 85 EG-Vertrag zum "ordre public communautaire" zählt, welcher dem ordre public der Mitgliedstaaten gleichrangig sei. Daraus würde sich m.E. auch ergeben, dass Schiedsgerichte keine Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof i.S. von Art. 177 EG-Vertrag verlangen könnten.

11) Vgl. Bernini, YCA VI (1981), S. 33. Für Frankreich vgl. Seppala, French Domestic Arbitration Law, International Layer 1982, S. 756.

Schiedsklauseln in den einzelnen EG-Staaten ergeben sich natürlich vielfältige Möglichkeiten zur Umgehung von inländischen Vorschriften über die objektive Schiedsfähigkeit im Anwendungsgebiet des EG-Gemeinschaftsrechts<sup>12)</sup>.

Es ist nicht möglich, auf alle möglichen Erscheinungsformen solchgearteter Normen, welche die objektive Schiedsfähigkeit einschränken oder ausschliessen, näher einzugehen. Es seien hier lediglich noch einige weitere Hinweise auf Materialien, Literatur und Rechtsprechung zu besonders aktuellen Rechtsgebieten aufgeführt.

- Zur Schiedsfähigkeit im gewerblichen Rechtsschutz Italiens (Patente, Know-how, Marken, etc.): *Revue de l'Arbitrage* 1977, S. 93 ff. (De Berti)
- Internationale Verträge über Technologietransfer: *Revue de l'Arbitrage* 1977, S. 72 ff. (B.M. Crenades)
- Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle: *Revue de l'Arbitrage* 1977, S. 63 ff. (Ph. Fouchard)
- Arbitrage et règles de concurrence: *Revue de l'Arbitrage* 1978, S. 191 ff. (G. van Hecke). Dazu ein französisches Urteil für einen innerfranzösischen Fall (Cour de Cassation), *Revue de l'Arbitrage* 1982, S. 264 ff. mit Anmerkung Blaise, S. 275.  
Aufschlussreich zum ganzen Yves Derain, Arbitrage et droit de concurrence, in *Swiss review of international antitrust law* 1982, Heft 14, S. 39 ff.
- Französische Höchstpreisvorschriften und U.S. Sherman Act (Antitrust-Gesetzgebung) im Zusammenhang mit einem französisch-amerikanischen Alleinvertriebsvertrag. Geltend gemacht wurde die mangelnde objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes (Schadenersatzklage!) infolge Verstosses gegen den französischen und amerikanischen ordre public. In casu verneint. *Revue de l'Arbitrage* 1975, S. 196 ff. mit Anmerkung Mezger, S. 209 ff. 13)
- Art. 57 des Draft of the U.N. Code of Conduct on Transnational Corporations (International Legal Materials XXII (1983), U.N. Doc. E/C 10/1982/6):  
"In contracts in which at least one party is an entity of a transnational corporation the parties should be free to choose the applicable

- 12) Vgl. dazu die grundsätzlichen Ueberlegungen von Friedrich K. Juenger/Jürgen Samtleben über das forum shopping/forum fixing - Der Kampf ums Forum - *Rabels Z* 46 (1982), S. 708 - 727.
- 13) Zur spezifischen Ausgestaltung und Einteilung des französischen ordre public vgl. J. Robert, *Arbitrage Civil et Commercial*, 1967, S. 46 - 47.

law and the forum for settlement of disputes, including arbitration, it being understood that such a choice may be limited in its effects by the law of the countries concerned."

- Umgehung von EG-Recht durch französische Getreideexporteure; Schiedsfähigkeit bejaht infolge "Absence d'atteinte à la réglementation d'ordre public de commerce". Zu diesem Thema gibt es eine ganze Reihe von französischen Entscheiden (sog. "affaire Impex")
  - Revue Critique 1964, S. 543 ff.
  - Revue Critique 1969, S. 738 ff.
  - Revue de l'Arbitrage 1972, S. 2 ff. (Cour de Cassation).
- Aufschlussreich zum Problem der Schiedsfähigkeit im Kartellrecht E. Steindorff, Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit WuW 1984, S. 189 ff.

Zu dieser auf S. 122 - 126 skizzierten Gruppe von öffentlichen Interessen können auch staatliche Vorschriften über die subjektive Schiedsfähigkeit von staatlichen Unternehmen oder Organen (juristische Personen des öffentlichen Rechts) gerechnet werden. Auf diese Problematik, die meistens im Zusammenhang mit völkerrechtlichen Rechtsnachfolgefragen oder der Staatenimmunitätseinrede auftaucht, kann hier nicht weiter eingegangen werden. Im Leitfall V ist dieses spezifische Problem angetönt<sup>14)</sup>.

Schliesslich fallen auch Vorschriften über den Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit bei öffentlich-rechtlich beeinflussten Streitgegenständen i.S. von Verwaltungsrecht (Eingriffs- oder Leistungsverwaltung und Ordnungsverwaltung) in diese Gruppe<sup>15)</sup>.

Eine dritte Kategorie von öffentlichen Interessen, welche zum Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit führen kann, ist im staatlichen Schutz privater Drittinteressen von Rechtssubjekten zu sehen, welche durch ein bestehendes

14) Vgl. dort angegebene Hinweise sowie z.B. BGE 102 Ia 574 ff. (Bangladesh-Fall). Zum ganzen auch Schlosser I, RZ 369; International Lawyer 1982, S. 755.

15) Dazu Schlosser in FS für A. Bülow (1981), S. 189 ff. Schiedsgerichtsbarkeit und öffentlich-rechtlich beeinflusste Streitgegenstände.

Rechtsverhältnis bzw. dessen gerichtliche Beurteilung unmittelbar oder mittelbar in ihrer Rechtsposition berührt werden. Damit sind v.a. Rechtsverhältnisse im Gebiete des Personenstandes-, des Familien-, Erb-, Konkurs- und Gesellschaftsrechts gemeint, welche mehr oder weniger generell schiedsrichterlicher Beurteilung entzogen sind. Damit zusammen hängt auch die Berücksichtigung von Interessen staatlicher Behörden (z.B. Vormundschaftsbehörden, registerführende Behörden, etc.), welche zum Ausschluss des Schiedsgerichtswesens infolge des gesteigerten Bedürfnisses an Publizität, des öffentlich Interesses an der Klarheit von Rechtsverhältnissen und der Rechtssicherheit führen kann. Daher sind regelmässig auch Angelegenheiten der sog. Freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie Akte der Zwangsvollstreckung von der Schiedsgerichtsbarkeit ausgenommen, da gerade bei letzteren Massnahmen auch Dritte berührt sein können. Solche Massnahmen sind von ihnen aber nur hinzunehmen, wenn sie von staatlichen Behörden ausgehen<sup>16)</sup>.

Wie schon ausgeführt wurde, lassen die Staatsverträge im Gebiete der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit die Durchsetzung öffentlicher Interessen vermittels des ordre public-Vorbehaltes zu, indem die Staaten Rückgriff auf ihre lex fori nehmen können. Dies gilt nicht nur im Vollstreckungsverfahren, wo es um die Akzeptation eines ausländischen Schiedsspruches geht, sondern in jedem Stadium der Rechtsverfolgung, wo die Anerkennung der Schiedsvereinbarung durch die jeweils mit der Sache befassten staatlichen Gerichte von Bedeutung ist.

16) Guldener, ZPR, S. 604 FN 48.

Da die Umschreibung der objektiven Schiedsfähigkeit anerkanntermassen dem spezifischen ordre public étatique-Bereich zugerechnet wird (auch das NYU legt hier ein klares Zeugnis ab, indem in Art. V Ziff. 2 lit. a die objektive Schiedsfähigkeit als spezieller Anwendungsfall des in lit. b vorbehaltenen ordre public ausgegliedert ist) und die Arbitrabilität eine Gültigkeitsvoraussetzung der Schiedsvereinbarung ist, ist der Rückgriff auf die lex fori keinem staatlichen Richter grundsätzlich verwehrt.

Das Schicksal einer Schiedsvereinbarung hängt unter dem Aspekt der objektiven Schiedsfähigkeit letztlich von der Strenge des kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls der lex fori ab, bzw. davon, wie streng die staatlichen Richter den ordre public-Vorbehalt ihrer lex fori im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zur Anwendung bringen. Bei der Rechtsanwendung tritt zusätzlich die Frage dazu, inwieweit staatliche Richter darüberhinaus auch den ordre public von Drittstaaten (insbesondere jener Staaten, deren Gerichtsbarkeit durch die Schiedsvereinbarung ausgeschlossen wurde), mit berücksichtigen. Diese Frage ist durch neuere Gesetzentwürfe und Gesetze (vgl. hier das EG-Uebereinkommen über das auf Verträge anwendbare Recht, welches Art. 7 eine diesbezügliche Sonderanknüpfung vorsieht) unberechenbarer denn je geworden.

### III. Tendenzen im internationalen Vergleich bei der Anwendung des ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

---

#### 1. Würdigung der staatsvertraglichen Regelung und Bedürfnisse des internationalen Handels

Von Hülse<sup>17)</sup> spricht zu Recht von einem verhängnisvollen "roten Faden", der sich durch die internationalen Uebereinkommen zieht: "Die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes und die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, soweit sie von jener abhängig ist, beurteilen sich nach der lex fori des mit dieser Frage befassten Richters." Verhängnisvoll ist diese Anknüpfung, welche zur Anknüpfung für die Schiedsvereinbarung hinzutritt, deswegen, weil eine Lösung, die es jedem Staat selbst überlässt, welche Gegenstände er als arbitral ansehen will, zu einer perfekten Entscheidungsdisharmonie führt, indem die zum Teil beachtlichen Unterschiede in der sachlichen Bestimmung voll zur Wirkung gelangen. Kam schon keine Vereinheitlichung der sachlichen Bestimmungen über die Schiedsfähigkeit zustande (auch der Begriff der Handelssache muss nach jeden Staates eigenem Recht ausgelegt werden), so hätte das Absehen der Vertragsstaaten von einer kumulativen Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit in allen Stadien der Rechtsverfolgung in der eigentlichen Kernfrage der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit einen bedeutenden Schritt nach vorne bedeutet.

17) Von Hülse, S. 135.

Natürlich hätte auch diese Lösung einen nicht unbeträchtlichen Verzicht auf staatliche Hoheitsbefugnisse der Vertragsstaaten zur Folge gehabt.

Solange nun für die Beurteilung der Arbitrabilität an der lex fori-Regel festgehalten wird, besteht für die interessierten Staaten die Möglichkeit, die Verbreitung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu hemmen, was v.a. im Bereich des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs den Bestrebungen zur Liberalisierung und zum Abbau von Hemmnissen diametral entgegenläuft. Protektionistische Massnahmen im internationalen Handel führen erfahrungsgemäss zu Gegenmassnahmen der betroffenen Handelskreise, welche sich für die protektionsfreudigen Staaten kontraproduktiv auswirken, was im rechtsgeschäftlichen Bereich in besonderem Masse gilt. Die Einstellung der einzelnen Staaten zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit kann als Barometer für die effektive Leistungsbereitschaft eines Staates zur Liberalisierung des internationalen Handels gelten. Gleich wie bei staatlichen Entscheidungen im internationalen Verhältnis könnte jeder Staat sich nun einfach damit begnügen, es den Parteien zu überlassen, das Risiko des Nichteintretens bzw. der Nichtvollstreckung zu tragen. Diese Argumentation übersieht allerdings das gesteigerte Bedürfnis und Interesse nach Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit für die an internationalen Handelsschiedsgerichten beteiligten Kreise.

Niemand wird das legitime Interesse der Parteien an fachkompetenter Streitbereinigung durch sachkundige und neutrale

Schiedsrichter im internationalen Handelsverkehr in Frage stellen. Diese in vielen Staaten verbal bekundete Anerkennung der Parteiinteressen wird allerdings vielerorts bloss ideell vertreten!

Aus Parteisicht liegt das besondere Bedürfnis an Voraussehbarkeit auch in wirtschaftlichen Ueberlegungen begründet. Es sei hier auf die Kosten von Schiedsverfahren hingewiesen, welche eine Vielfaches derjenigen von staatlichen Gerichtsverfahren betragen können<sup>18)</sup>. Die Parteien sollten sich darauf verlassen können, dass auch unter diesem Gesichtspunkt eine einzige Beurteilung des Rechtsstreits ausreicht und nicht weitere, staatliche Gerichtsverfahren in unvorhersehbaren fora dazukommen werden, welche je nach Geschwindigkeit des Justizapparates Jahre dauern können.

## 2. Tendenzen

In einzelnen Staaten lässt sich v.a. in der Rechtsprechung eine schiedsgerichtsfreundliche Tendenz in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit feststellen. Als Vorbilder und eigentliche Pioniere können die schweizerische, französische und amerikanische Praxis gelten.

Hier wird versucht, im Interesse des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs die innerstaatlichen Voraussetzungen für die Arbitrabilität nicht vollumfänglich auf internationale Verhältnisse zu übertragen, indem der *ordre public étatique*

18) Rüede/Hadenfeldt S. 6 VI.

in Anbetracht der Internationalität des Falles und im Hinblick auf die vertraglichen Zusagen beider Parteien restriktiv ausgelegt wird und gesetzlich geregelte, ausschliessliche Zuständigkeiten nicht als auch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit untersagend verstanden werden. Die Grenze der Schiedsfähigkeit im internationalen Bereich wird nicht parallel zur Grenze im innerstaatlichen Bereich gezogen. Dazu einige Beispiele:

Eine gesetzgeberisch vorbildliche Regel enthält beispielsweise Art. 15 Abs. 3 des schweizerischen Kartellgesetzes.

Art. 15 KG: Schiedsgerichtsbarkeit

<sup>1</sup>Verträge oder Beschlüsse, welche die Beurteilung künftiger Streitigkeiten über die Entstehung, Gültigkeit und Beendigung von Kartellverpflichtungen oder über Massregeln gemäss Art. 14 einem Schiedsgericht übertragen, sind nichtig, wenn sie nicht jedem der Beteiligten das Recht geben, im Einzelfalle beim ordentlichen Richter zu klagen oder binnen dreissig Tagen seit der Zustellung der Klage die Entscheidung durch den ordentlichen Richter zu verlangen.

<sup>2</sup>Werden in anderen Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht Ansprüche im Sinne von Absatz 1 geltend gemacht, so ist das Schiedsgericht auch zu deren Beurteilung zuständig, sofern die Partei, welche die Ansprüche geltend macht, nicht binnen dreissig Tagen beim ordentlichen Richter Klage führt.

<sup>3</sup>Die Bestimmungen von Absatz 1 und 2 sind nicht anwendbar auf Verträge oder Beschlüsse, an denen Parteien mit Wohnsitz im Ausland beteiligt sind, sofern die Beurteilung von Streitigkeiten durch ein internationales Schiedsgericht vorgesehen ist.

Der Wortlaut von Abs. 3 stellt lediglich auf die Internationalität der Vereinbarung ab, welche sich aus dem ausländischen Wohnsitz der Parteien ergibt, was wohl nicht ausschliesst, dass auch eine schweizerische Partei daran beteiligt ist.

In Patentstreitigkeiten verfolgt die Schweiz bereits im innerstaatlichen Bereich eine liberale Praxis. Die Rechtsprechung zu Art. 76 PatG wird vollumfänglich auch auf internationale Streitigkeiten übertragen, womit sowohl Patentverletzungsklagen, als auch Patentnichtigkeitsklagen schiedsfähig sind<sup>19)</sup>. Für den *ordre public* im Zusammenhang mit der objektiven Schiedsfähigkeit bleibt kein Platz.

Die französische Rechtsprechung hat einen brauchbaren Lösungsansatz entwickelt: Mit dem Begriff des "*ordre public international*", der im Gegensatz zum "*ordre public interne*" steht, versucht die französische Rechtsprechung die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes sogar dann liberaler als rein interne Fälle zu beurteilen, wenn das materielle Rechtsverhältnis und die Schiedsklausel zwar französischem Recht unterstehen, aber der Fall insgesamt Auslandsbezüge aufweist. Nach einer geradezu klassisch gewordenen Formel ist letzteres schon immer dann der Fall, wenn der sachliche Streitgegenstand "*met en jeu des intérêts du commerce international*"<sup>20)</sup>.

Bislang noch nicht übertragen wurde diese Rechtsprechung auf die Bereiche des Patentrechts (inkl. Lizenzrecht) sowie des Arbeitsrechts (inkl. Handelsvertretungsrecht). Die Gerichte stützen sich hier regelmässig auf die ausschliesslichen Zuständigkeiten staatlicher Gerichte, was kaum zu

19) BGE 71 III 198, wo das Bundesgericht feststellt, die Patentgerichtsbarkeit sei keine so zwingende, dass sie etwa Schiedsvereinbarungen nicht zuliesse. Vgl. auch die Ansicht des Patentamtes in Schweiz. Patent-, Muster und Markenblatt 1976 I, S. 9 f.

20) Vgl. statt vieler *Entscheidung Cour de Cassation i.S. Impex in Revue de l'Arbitrage* 1972, S. 3 mit Anmerkung Kahn, sowie *Cour de Cassation in Clunet* 1972, S. 843. Zum ganzen eingehend Schlosser I, RZ 283 ff.

überzeugen vermag, denn ausschliessliche Zuständigkeitsregelungen werden häufig auch in der Schweiz im Hinblick auf die Einführung einer Sondergerichtsbarkeit erlassen, welche die ordentliche Gerichtsbarkeit in speziellen Rechtsgebieten, wo es auf Spezialkenntnisse der Richter ankommt, entlasten soll. Daraus a priori sachlich zwingende Zuständigkeiten ableiten zu wollen, ist so kaum zulässig.

Der in der Unterscheidung zwischen *ordre public interne* und *ordre public international* liegende, positive Ansatzpunkt der französischen Rechtsprechung, welcher der Internationalität eines Sachverhalts Rechnung trägt, soll anhand des eigentlichen *leading case* in dieser Frage dargelegt werden<sup>21)</sup>:

Ein französische Exportfirma (Impex) verkaufte an mehrere italienische Importfirmen grosse Mengen von Getreide. Die Lieferverträge enthielten jeweils eine Schiedsklausel. Als Schiedsgericht wurde die *Chambre Arbitrale de la Bourse de Commerce de Paris* bezeichnet. Damit sich die französische Exportfirma EG-Prämien erschwindeln konnte, bedingte sie sich regelmässig die Exporte über Nicht-EG-Staaten (Schweiz, Portugal) aus. Allerdings ging die Rechnung für Impex nicht auf, denn die staatliche französische Getreidebehörde (*Office Interprofessionel des Céréales*) verweigerte für sämtliche Exporte die notwendige Lizenz, womit Impex das Getreide nicht ausliefern konnte. Die italienischen Importfirmen erwirkten daraufhin Schiedsgerichtsurteile, welche die Impex zu Schadenersatz verpflichtete. Diese Urteile wollte Impex unter Berufung auf die mangelnde objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nicht gegen sich gelten lassen. Impex argumentierte, es sei ausgeschlossen, eine Schiedsvereinbarung über Gegenstände abzuschliessen, die den französischen *ordre public* verletzen (Art. 1004 und 83 a *Code de Procédure*); daher sei die Schiedsvereinbarung nichtig, womit dem Schiedsgericht die Zuständigkeit fehle.

Das Kassationsgericht lehnte jedoch diese Argumentation höchstinstanzlich ab und bestätigte, was schon die Vorinstanzen entschieden hatten. Als erstes hält das Gericht den Begriff der Internationalität der Schiedsvereinbarung und das Schiedsgerichts fest. Der internationale Charakter hänge weder vom Sitz des Schiedsgerichts, noch vom Verfahrensrecht, noch von der Nationalität der Schiedsrichter, noch von anderen verfahrensrechtlichen Faktoren ab, sondern allein von der Tatsache, dass der Streitgegenstand (*la matière soumise aux arbitres*) "*met en jeu des intérêts du commerce international*".

21) Impex-Fall in *Revue de l'Arbitrage* 1972, S. 2 ff.

In casu sah das Gericht diese internationalen Elemente in der Art des Geschäftes (Export - Import), sowie im national verschiedenen Geschäftssitz von Käufer und Verkäufer verwirklicht.

Aus dem internationalen Charakter des Schiedsgerichts folge sodann die sog. "autonomie de la clause compromissoire", also die Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung von der Gültigkeit des Hauptvertrages, unabhängig davon, welchem Recht dieser unterstehe. Dabei handelt es sich um ein in der Schweiz längst anerkanntes Prinzip, welches aber im französischen Recht im Hinblick auf die innerfranzösische Regelung zu Problemen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit geführt hatte. 22)

Schliesslich - und darin liegt der Kernpunkt der Argumentation des Gerichts - ergebe sich aus der Internationalität der Schiedsklausel die Nichtanwendung des ordre public-Vorbehaltes gemäss aCP 83 und 1004 hinsichtlich der objektiven Schiedsfähigkeit. Damit wurde eine frühere Rechtsprechung zur subjektiven Schiedsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts übernommen. 23)

Bei der Bewertung dieser lobenswerten "règle du droit matériel de l'arbitrage international" des französischen Kassationsgerichts darf nicht aus den Augen gelassen werden, dass französische Gerichte natürlich auf die inhaltliche Kontrolle internationaler Schiedsgerichtsurteile, die aufgrund solcher internationaler Schiedsvereinbarungen zustande kommen, nicht verzichten werden. Wäre also die französische Exportfirma im Fall Impex durch das Schiedsgericht zur Lieferung des Getreides verpflichtet worden (und nicht zu Schadenersatz), so hätten die französischen Gerichte ohne Zweifel das Schiedsurteil wegen Verstosses gegen ein französisches Gesetz mit ordre public-Charakter (Lizenz-erfordernis) aufgehoben. Daran hätte auch die Internationalität des Schiedsgerichts bzw. der ordre public international nichts geändert.

22) Aufschlussreich darüber Ph. Francescakis, Revue d l'Arbitrage 1974, S. 67, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire.

23) Vgl. z.B. Clunet 1966, S. 648 mit Anmerkung Level; Revue de l'Arbitrage 1966, S. 93; Revue Critique 1957, S. 553 mit Anmerkung Goldmann.

Gleichwohl wird mit dieser Rechtsprechung die internationale Schiedsgerichtsbarkeit gefördert, denn die schiedsrichterliche Streitbeilegung wird dadurch auch in Materien, die dem *ordre public* zugerechnet werden müssen, nicht a priori ausgeschlossen, womit den Parteiinteressen entsprochen werden kann. Bedingung ist nur, dass sich die Schiedsrichter bei der Rechtsanwendung in der Sache selbst an die zwingenden Normen mit *ordre public*-Charakter halten, was auch für die *amiable compositeurs* gilt<sup>24)</sup>.

Noch einen beträchtlichen Schritt weiter ging der amerikanische Supreme Court in seinem Entscheid *Scherk v. Alberto Culver* (vgl. Leitfall IV), welcher die eingeschlagene Richtung im Entscheid *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*<sup>25)</sup> zum Prinzip erhob (das Urteil ist allerdings nur knapp gegen eine gewichtige Minderheitsmeinung (5:4) zustande gekommen).

Nach der allgemein gehaltenen Formulierung des Gerichts genügt die Internationalität eines Streitgegenstandes, um einer Zuständigkeitsprorogation Rechtswirksamkeit zu verleihen, selbst wenn zwingendes amerikanisches Recht dem grundsätzlich entgegensteht. Die Internationalität wird allerdings durch die Bezugnahme auf den Entscheid *Wilko v. Swan* besonders betont. Sorgfältig werden die internationalen Elemente "aufgelistet".

24) BGE 107 Ib 63; Sträuli/Messmer § 253 N 3; Rüede/Hadenfeldt § 38 IV 3. Zum Entscheid nach Billigkeit allgemein vgl. neuestens statt vieler Eric Loquin, *l'amiable composition en droit comparé et international*, Paris 1980.

25) Französische Uebersetzung in *Revue critique* 1973, S. 530 ff.

Hervorzuheben ist sodann die Darstellung der Parteiinteressen an der Schiedsgerichtsbarkeit durch das Gericht:

- Raschheit des Verfahrens.
- Tieferere Verfahrenskosten! als bei staatlichen Gerichten.

Dann aber zwei überzeugende Vorteile:

- Die sofortige Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit des Urteils, und zwar im Hinblick darauf, dass gewissenhafte Schiedsrichter bemüht sind, Urteile zu erlassen, die möglichst im voraussichtlichen Vollstreckungsstaat auch durchgesetzt werden können.
- Das besondere Bedürfnis der Parteien im internationalen Rechtsverkehr nach Voraussehbarkeit und Sicherheit, indem durch die Vereinbarung eines Schiedsgerichts das bedauernswerte Spiel mit dem forum shopping, welches regelmässig die schnellere und besser informierte Partei bevorzugt, verhindert werden kann (was N.B. auch für Gerichtsstandsvereinbarungen gilt).

Bezüglich des public policy-Charakters des Securities Exchange Act (amerikanischer Anlegerschutz!) stellt das Abstimmungsresultat 5:4 gewissermassen eine Ablichtung des Meinungsstandes in der Doktrin nicht nur in Amerika, aber auch in Frankreich, Deutschland und Italien dar. Wie auf S. 121 bereits angetönt, geht es bei dieser Diskussion um die Bedeutung der sog. lois de police für privatrechtliche Rechtsverhältnisse. Nach der Minderheitsmeinung im Gericht hätte in casu die Anwendung des Securities Exchange Act strictu sensu zur ausschliesslichen Zuständigkeit des amerikanischen, staatlichen Richters führen müssen. Die Minderheitsmeinung ist gewiss ernst zu nehmen, denn letztlich ging es doch um die Frage, ob man Culver den Schutz des S.E.-Act gewähren musste oder nicht: Es konnte im Zeitpunkt der Urteilsfällung davon ausgegangen werden, dass ein ausländisches Schiedsgericht - selbst wenn es den S.E.-Act anwenden wollte! - nicht über die rechtlichen und faktischen Möglichkeiten der amerikanischen Richterbe-

hörden verfügt, um die Schutzbestimmungen durchzusetzen (Beweisrecht, Instruktionsverfahren, Kenntnis der ratio legis, etc.), womit der amerikanische Käufer im vorliegenden Fall höchstwahrscheinlich um seinen "heimatlichen" Schutz gebracht wurde. Obwohl dieser Schutz der Mehrheit der höchsten amerikanischen Richter selbst zu weit ging?

Im Ergebnis gleich wie die französische Praxis führt die liberale Rechtsprechung des obersten Bundesgerichts der USA zur Regel, dass die objektive Schiedsfähigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nicht a priori durch die Berührung des Streitgegenstandes mit Gesetzen der lex fori, welchen ordre public-Charakter zukommt, ausgeschlossen wird. Die Inhaltskontrolle bei der Vollstreckung wird dadurch allerdings nicht berührt. Parteiinteressen werden damit Gemeininteressen zumindest gleichgestellt. Diesen liberalen Tendenzen diametral entgegen läuft das belgische Kassationsurteil (Leitfall III).

Die Berufung des Handelsgerichts und des Kassationsgerichts auf den ordre public international ist m.E. geradezu absurd. Lew<sup>26)</sup> führt zu diesem Begriff aus: "L'ordre public international est équivalent à une règle de moralité internationale ... Il peut être décrit comme étant le plus petit commun dénominateur. Il comprend les standards moraux et éthiques acceptés par chaque système juridique ...".

Robert<sup>27)</sup> umschreibt den ordre public international als

26) J.D.M. Lew, La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, Le contrat économique international, 1975, S. 154/5.

27) J. Robert, De la place de la loi dans l'arbitrage, Liber Amicorum for Martin Domke, Den Haag 1967, S. 230.

"l'élément irréductible qu'impose la conscience nationale dans son opposition à la disposition de la loi étrangère normalement compétente." An diesen Maximen wurde aus belgischer Sicht offenbar das belgische Schutzgesetz und dessen Anwendung im konkreten Fall gemessen und für vereinbar damit erfunden. Daraus darf gefolgert werden, dass die Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) und die Vertragsfreiheit für die belgischen Richter nicht solch privilegierte Normqualität haben. Sie gehören scheinbar nicht zum *ordre public international* (belge).

Immerhin haben die belgischen Gerichte das NYU, welches anwendbar war, nicht verletzt, denn Art. V Ziff. 2 lit. a gibt dem Akzeptionsstaat ausdrücklich das Recht, einem ausländischen Schiedsspruch die Anerkennung zu versagen, wenn der Streit nach seinem Recht nicht schiedsfähig ist. Es ist dann aber wenig überzeugend, den Begriff des *ordre public international* restriktiver auszulegen, als den *ordre public interne*. Kurz vor dem Entscheid *Audi-NSU c. Adelin Petit SA* hatte nämlich die *Cour de Cassation* entschieden, bei dem Gesetz von 1961 handelt es sich nicht um "*une loi d'ordre public mais uniquement impérative*"<sup>28)</sup>. Nach der Rechtsprechung des belgischen Kassationsgerichts "*n'est d'ordre public que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou qui fixe dans le droit privé les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société*"<sup>29)</sup>. Diese Rechtsprechung

28) Keutgen/Huys in *Journal des Tribunaux* 1977, S. 714 unter Bezugnahme auf einen unveröffentlichten Entscheid.

29) Hinweise auf die Rechtsprechung bei Keutgen/Huys, zit. in FN 28, S. 714

hätte bestimmt auch einen ausgewogeneren Entscheid zugelassen, welcher der Internationalität des Falles mehr Rechnung hätte tragen können.

Der Fall Audi-NSU c. Adeline Petit SA zeigt mit aller Deutlichkeit, welche Sorgfalt bei der Abfassung internationaler Schiedsvereinbarungen aufgewendet werden muss. Möglicherweise hätte im vorliegenden Fall ein Verzicht auf die Rechtswahl für den Hauptvertrag die Akzeptation des Schiedsspruchs in Belgien eher ermöglicht. Die Kumulation eines deutschen Erfüllungsorts, einer Rechtswahl auf deutsches Recht und einer Schiedsvereinbarung auf ein Schiedsgericht in der Schweiz erschien den belgischen Richtern wohl als zuviel, wenngleich diese Vereinbarung im Zeitpunkt des Abschlusses der Interessenlage beider Parteien entsprachen und von einer bewussten *fraus legis* keine Rede sein konnte.

Am Beispiel der Schiedsgerichtsbarkeit in Patentstreitigkeiten soll schliesslich darauf hingewiesen werden, dass die liberale Haltung bei der Umschreibung der objektiven Schiedsfähigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in verschiedenen Staaten nur punktuell zum Ausdruck kommt. Generell darauf abstellen zu wollen, birgt im Einzelfall die Gefahr einer Kollision mit besonders gearteten öffentlichen Interessen des jeweiligen Forumstaates in sich, was bei der heutigen Rechtslage bezüglich der Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit zu einer sorgfältigen Abklärung im jeweiligen Recht führen muss<sup>30)</sup>.

30) Praktische Hinweise für die Ermittlung fremden Rechts bei A. Schnyder, Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im Internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1981.

1. Es soll untersucht werden, in welchem Bereich patentrechtliche Streitigkeiten (Patentverletzungs- und Patentnichtigkeitsklagen) schiedsfähig sind, obwohl nationale Zuständigkeitsordnungen und andere Vorbehalte zugunsten staatlicher Gerichte bestehen.
2. Weiter soll dargestellt werden, welchen Einfluss der internationale Charakter eines Rechtsstreites auf die Schiedsfähigkeit der nach der Rechtsordnung des Exequaturstaates den staatlichen Gerichten vorbehaltenen Streitfälle hat. Diese Frage stellt sich praktisch v.a. im Hinblick auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche.

Ad 1.:

- a) Schweiz: In der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung besteht Konsens über die Tragweite von Art. 76 PatG. Das BGer hat in BGE 71 III 198 festgestellt, die "Patentgerichtsbarkeit sei keine so zwingende, dass sie etwa Schiedsvereinbarungen nicht zuliesse". Dies gilt sowohl für Schadenersatzklagen infolge Patentverletzung, als auch für Feststellungsklagen über die Nichtigkeit eines Patentes, und zwar mit Rechtskraftwirkung erga omnes (dazu eingehend A.B. Schwyer, S. 113, Zit. in FN 7).
- b) Deutschland: § 51 d PatG und § 1025 d ZPO setzen schiedsrichterlichen Entscheidungen in Patentverletzungsstreitigkeiten keine Schranken (Schlosser I RZ 318). Für Nichtigkeitsstreitigkeiten gilt dies nicht in gleichem Masse. Die Nichtigkeitsklärung eines Patentes muss durch das Bundespatentgericht oder den BGH in Form eines Gestaltungsurteils erfolgen (dazu Reimer: Kommentar zum Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, § 37 Anm. 2). "De facto" besteht aber trotzdem Schiedsfähigkeit der Patentnichtigkeit, da die Parteien von der Möglichkeit Gebrauch machen können, sich im Rahmen des Schiedsverfahrens über Beschränkungen des oder der Patentansprüche zu vergleichen, an die das Gericht dann gebunden ist (Schlosser I RZ 318). Dem Gericht obliegt dann nur noch die formelle Nichtigkeitsklärung "without inquiring into the merits to the case" (dazu A.B. Schwyer, S. 117).
- c) Frankeich: Gemäss konstanter frz. Rechtsprechung ist die Schiedsgerichtsbarkeit für die hier interessierenden Fragen aufgrund von Art. 68 Abs. 1 frz. PatG in Verbindung mit Art. 2059 frz. CC vollständig ausgeschlossen. Nach dieser Rechtsprechung ist der ordre public bei Patentstreitigkeiten immer "betroffen", so dass nach Art. 2060 CC die Verfügungsbefugnis der Parteien entfällt (vgl. für Hinweise auf die Rechtsprechung A.B. Schwyer, S. 117 ff.). Art. 2060 CC lautet wörtlich: "On ne peut compromettre sur les questions d'états et de capacité des personnes, sur celles relatives aux divorces et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressantes la collectivité publique et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public."
- d) Italien: Art. 75 ital. PatG in Vbg. mit Art. 806 Codice di procedura civile (Zuweisung aller Patentrechtsklagen an die "Autorità giudiziaria dello Stato" bzw. Umschreibung der Schiedsfähigkeit) werden von der italienischen Lehre und Rechtsprechung so ausgelegt, dass Patentverletzungen Gegenstand eines schiedsrichterlichen Verfahrens sein können, nicht aber die Nichtigkeit eines Erfindungspatentes.

Allerdings hat die Corte di Cassazione in einem Entscheid vom 3.10.1956 entschieden, dass Schiedsrichter dann über die Nichtigkeit befinden können, wenn sie incidenter tantum vom Beklagten einredeweise vorgebracht wird (vgl. zum Stand der Lehre und Rechtsprechung A.B. Schweyer, S. 124).

- e) Zusammenfassung: Es kann festgehalten werden: Die Schweiz hat für unsere Frage eine liberale Lösung getroffen; Deutschland und Italien verfügen über eine relativ liberale Ordnung, während Frankreich die Schiedsfähigkeit in Patentstreitigkeiten vollständig ausschliesst.

Ad 2.:

- a) Schweiz: In der Schweiz wird die nationale Praxis tel quel auch auf internationale Fälle übertragen. Dies führt zu keinen Problemen, da die Umschreibung der Schiedsfähigkeit liberal und schiedsgerichtsfreundlich ist. Ausländische Schiedsgerichtsurteile über Patentstreitigkeiten werden in der Schweiz grundsätzlich anerkannt und vollstreckt. Für den ordre public im Zusammenhang mit der Schiedsfähigkeit bleibt kein Platz.
- b) Deutschland: Im Hinblick auf die Vollstreckung ausländischer Schiedsgerichtsurteile über Patentverletzungen in Deutschland entfaltete der internationale Charakter der Streitigkeit keinerlei Wirkung, da in Deutschland solche Streitigkeiten ebenfalls vor Schiedsgerichte gebracht werden können. Anders verhält es sich bei ausländischen Schiedssprüchen, welche die Nichtigkeit eines Patentes feststellen. Da die ausschliessliche Zuständigkeit des Patentgerichtshofes zum deutschen ordre public gerechnet wird, muss ein deutscher Richter einem die Nichtigkeit aussprechenden ausländischen Schiedsspruch die Anerkennung versagen (vgl. ausführlich dazu A.B. Schweyer, S. 135 ff.).
- c) Frankreich: Die Schiedsunfähigkeit von Patentrechtstreitigkeiten gehört sowohl dem "ordre public interne", als auch dem "ordre public international" an (vgl. die Ausführungen hinten § 3 Ziff. 3.3 a.E.). Damit wird die restriktive interne Praxis auch auf internationale Fälle ausgedehnt. Leider gilt dies aus gesetzestechnischen Gründen auch für Patentverletzungen (A.B. Schweyer, S. 141).
- d) Italien: An der auch im nationalen Rahmen möglichen schiedsrichterlichen Entscheidung der Patentverletzung und der incidenter tantum-Feststellung der Nichtigkeit vermag das Hereinspielen von Beziehungen zum Ausland infolge von italienischen ordre public-Erwägungen nichts zu ändern (gleiches Resultat wie in F und der BRD).
- e) Zusammenfassung: Alle hier behandelten Staaten übertragen ihre interne Ordnung auch auf internationale Fälle. Dabei spielen regelmässig ordre public-Erwägungen die Hauptrolle. Durch das New Yorker Übereinkommen ist in dieser Richtung nichts erreicht worden, da die Vertragsstaaten die Möglichkeit behalten haben, ihren ordre public auch bei internationalen Sachverhalten durchzusetzen. Die Schweiz kann als musterhaftes Beispiel gelten.

IV. Rechtsanwendungsprobleme - Abkehr von der kumulativen Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit

In allen jenen Fällen, wo das Sitzrecht (als *lex fori*) einerseits und das Statut der Schiedsvereinbarung bzw. das auf den materiellen Streitgegenstand anwendbare Recht andererseits, auseinanderfallen, kann sich für den schweizerischen Richter aber auch für die Schiedsrichter eines internationalen Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz bei Anwendung der Doppelanknüpfung für die objektive Schiedsfähigkeit die grundsätzliche Frage nach dem Umfang der Verweisung, welche sich aus der kollisionsrechtlichen Behandlung der Arbitrabilität ergibt, stellen. Die Frage einer Kollision der *lex fori* und der *lex causae* stellt sich dabei unabhängig davon, welcher primären Anknüpfung für die objektive Schiedsfähigkeit man den Vorzug gibt.

Befindet sich der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz oder wird er sich voraussichtlich hier befinden - wovon im folgenden auszugehen ist - und befolgt man die kumulative Anknüpfung an das Sitzrecht, so entstehen keine besonderen Probleme, da das Sitzrecht mit der *lex fori* zusammenfällt. Soll der Schiedsspruch im Ausland vollstreckt werden, so besteht allerdings die Gefahr der Nichtakzeptation im Vollstreckungsstaat.

Unterstehen der Schiedsvertrag bzw. der Hauptvertrag einem eigenen, von der *lex fori* verschiedenen Statut, so kann eine Kollision zwischen der *lex fori* und der *lex causae* entstehen.

Wie sollen die Richter entscheiden, wenn das primäre Statut der objektiven Schiedsfähigkeit die Arbitrabilität ausschliesst, die *lex fori* (schweizerisches Recht) dagegen nicht? Man wird leicht im Interesse des *favor validitatis* von der strengen Kumulation absehen können, wenn die Vollstreckung des Urteils - soweit es nicht freiwillig erfüllt wird - in der Schweiz erfolgen soll. Soll nun die Tatsache, dass der Schiedsspruch im Ausland zu vollstrecken ist, daran etwas ändern?

Wie vorne auf S. 110 schon angetönt wurde, vertritt der Verfasser dieser Arbeit die Auffassung, dass das Risiko der Vollstreckung grundsätzlich bei den Parteien liegt. Immerhin sind die voraussehbaren Folgen dieses Prinzips im Interesse der Parteien zu berücksichtigen. Wie aber soll dies praktisch bewerkstelligt werden?

Die Schwierigkeiten treten insbesondere bei der Anwendung bzw. Berücksichtigung ausländischen öffentlichen Rechts auf, denn die meisten Beschränkungen der Arbitrabilität finden sich in öffentlich-rechtlichen Erlassen oder zumindest kommt solchen Vorschriften öffentlich-rechtlicher Charakter zu. Die Frage nach der Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen kann in zwei Konstellationen auftreten. Einmal bei der direkten oder indirekten Rechtsanwendung ausländischen Rechts im Rahmen des kollisionsrechtlichen Befehls für die *lex causae*, zum andern im Zusammenhang mit der Beeinflussung eines internationalen

Schiedsverfahrens durch den ordre public von Drittstaaten<sup>31)</sup>.

Auf die schwierige Problematik soll im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Vielmehr sind die praktischen Schlüsse für die hier interessierende Frage zu ziehen. Zwei Hinweise sollen kurz den Meinungsstand wiedergeben:

1. Zur Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts im Rahmen der kollisionsrechtlichen Verweisung:  
"Verweist unsere Kollisionsnorm auf eine ausländische Rechtsordnung, so wenden wir diese als Ganzes an, also einschliesslich ihrer öffentlich-rechtlichen Normen. Das wird heute kaum mehr bestritten, mag auch das 'erlösende' Wort aus Lausanne noch ausstehen" (Heini in ZSR 100 I, S. 66; vgl. auch Schnyder, S. 151 ff.).
2. Eine Sonderanknüpfung amerikanischen Aussenwirtschaftsrechts stand in der ersten europäischen Entscheidung, die sich mit dem amerikanischen Sanktionsrecht gegen das europäische-sowjetische Erdgas-Röhrengeschäft befasste, im Rahmen einer einstweiligen Verfügung vor der Rechtsbank Den Haag zur Diskussion. Die Sonderanknüpfung wurde abgelehnt (Sensor-Fall in Rabels Z 47 (1983), S. 141 ff. mit einer ausführlichen Anmerkung von J. Basedow). Spezifisch zur Sonderanknüpfung bei Fragen um die objektive Schiedsfähigkeit Schlosser, I RZ 306 - 310, welcher eine Sonderanknüpfung für fremdes Wirtschaftsrecht grundsätzlich bejaht.

M.E. müssen im Vordergrund der Diskussion die Interessen der beteiligten Parteien an der Rechtsverwirklichung stehen und nicht die Machtansprüche ausländischer Staaten. Schweizerische Richter und Schiedsrichter internationaler Schiedsgerichte sollten sich nicht zu Erfüllungsgehilfen

31) Zum Problem grundlegend A.K. Schnyder, Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im IPR, Diss. Zürich 1981, 3. Abschnitt. Vgl. auch die Literaturhinweise zit. in FN 29 3. Kapitel dieser Arbeit. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum ausländischen öffentlichen Recht: BGE 107 II 492, 95 II 109, 83 II 312 ff. / 319 f., 80 II 53 ff.; Aeltere Praxis: 76 II 42, 76 I 129, 74 II 229, 72 III 54/5, 68 II 203 ff., 61 II 242 ff. Gesetzgebung: Art. 13 IPR-Entwurf (ausländisches öffentliches Recht) / Art. 18 IPR-Entwurf (Sonderanknüpfung); Art. 7 EG-Uebereinkommen über das auf Verträge anwendbare Recht (temperierte Sonderanknüpfung). Zu Art. 18 IPR-Entwurf vgl. auch F.A. Mann in NZZ vom 15.4.1983 (Inlandteil) sowie eine Entgegnung darauf von U. Drobnig in NZZ vom 19.5.1983 (Inlandteil)

ausländischer Staaten machen, was im Hinblick auf die Anknüpfung der objektiven Schiedsfähigkeit zu folgender Konsequenz führt:

Für die objektive Schiedsfähigkeit ist eine generelle Einfachanknüpfung der Arbitrabilität an die *lex fori* zu postulieren. Dogmatisch lässt sich das Absehen von einer kumulativen Anknüpfung zugunsten der Einfachanknüpfung an die *lex fori* auch begründen:

Wie a.a.O. dargelegt wurde, steht die prozessuale Wirkung, welche die objektive Schiedsfähigkeit mittelbar durch die positive und negative Funktion der Schiedsvereinbarung entfaltet, im Vordergrund der Anknüpfungsdiskussion (vgl. auch den Leitfall *Piersanti*). Dabei kommt der negativen Funktion die Hauptbedeutung zu, da sich in diesem Wirkungskreis der Schiedsvereinbarung als Kristallisationspunkt für die Arbitrabilität unmittelbar die Frage nach der Zulässigkeit der Durchbrechung des staatlichen Rechtspflegemonopols stellt. Hier liegt der Ansatzpunkt für den staatlichen Richter, im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit öffentliche Kontrolle auszuüben, bzw. öffentlichen Interessen zum Durchbruch zu verhelfen.

Da die objektive Schiedsfähigkeit dem *ordre public étatique* des jeweils mit der Frage befassten Richters zugeordnet werden muss, führt diese Qualifikation kollisionsrechtlich zur eindeutigen Lokalisierung der objektiven Schiedsfähigkeit in der *lex fori*, welche sich bei einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz mit dem Sitzrecht deckt (vgl. den Leitfall *Audi-NSU c. Adelin Petit SA*).

Sowohl der staatliche Richter, wie auch der oder die Schiedsrichter eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz sind nur gehalten, den schweizerischen *ordre public* bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Die liberale Haltung der Schweiz im Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit kann dabei dahingehend verstanden werden, dass diese Rechtsauffassung, welche bezüglich der Arbitrabilität einen Ausfluss der umfassend anerkannten Privatautonomie darstellt und damit einem qualifizierten Rechtsinhalt der *lex fori* Ausdruck verleiht, ein Bestandteil der schweizerischen öffentlichen Ordnung ist. Man gelangt hinsichtlich der Arbitrabilität auf diesem Weg zum Begriff eines '*ordre public permissif*' im Gegensatz zum '*ordre public prohibitif*', den andere Staaten in dieser Frage dienstbar machen. Bei dieser Betrachtungsweise kann die Kollision mit einem ausländischen *ordre public* hinsichtlich der objektiven Schiedsfähigkeit gar nicht entstehen, denn der ausländische *ordre public* hat in dieser Frage in jedem Fall hinter dem schweizerischen zurückzutreten. Damit wird in diesem Zusammenhang die Diskussion über ein allfällige Sonderanknüpfung ausländischen Eingriffsrechts gegenstandslos. Art. 18 IPR-Entwurf hat hier keinen Anwendungsbereich.

Der qualifizierte Rechtssatzcharakter der objektiven Schiedsfähigkeit entfaltet funktionell zwei kollisionsrechtlich relevante Wirkungen. Einmal führt er zur Kollisionsnorm *lex fori*. Zum andern transformiert er den Rechtsinhalt der geltenden Regelung im Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit auf die Ebene des *ordre public*, und zwar sowohl

bei der direkten Rechtsanwendung, wie auch bei der indirekten. Alsdann entfalten die Rechtsätze der *lex fori* über die objektive Schiedsfähigkeit die Wirkung einer sog. *lois d'application immédiate*<sup>32)</sup>. Sie beanspruchen ausschliessliche Geltung, womit der *ordre public* methodologisch betrachtet den regelbildenden Anknüpfungspunkt für die schweizerische Kollisionsnorm liefert. Dass der *ordre public* diese Funktion auf der Ebene der Anknüpfung (neben oder im Unterschied zur 'traditionellen' Vorbehaltsfunktion bei der Rechtsanwendung fremden Rechts) erfüllen kann, ist beim heutigen Erkenntnisstand in der Methodenlehre zum *ordre public* allgemein anerkannt<sup>33)</sup>.

Fraglich erscheint allerdings auch bei dieser Einfachanknüpfung an die *lex fori*, ob man die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches ignorieren kann, wie dies das Schiedsgericht und das Zürcher Obergericht im Fall *Audi-NSU v. Adelin Petit SA* getan haben. Auf der ersten Stufe, wo es lediglich um die Frage der Arbitrabilität geht, muss dies zweifellos aus der Natur der Sache bejaht werden. Hingegen - und damit wird ein weiterer, wichtiger Regelungszusammenhang im Bereich der objektiven Schiedsfähigkeit angesprochen - kann sich aus der Sicht der Schiedsrichter die Frage stellen, ob nicht auf der Ebene der Rechtsanwendung in der Sache selbst ausländischem Recht Rechnung zu tragen ist.

32) Vgl. zur Entstehungsgeschichte dieses Begriffs Ph. Francescakis, *Conflits de lois* in: Ph. Francescakis (Hg.), *Repertoire de droit international privé*, Bd. I, Paris 1968, S. 480.

33) Zur sog. Durchgangsfunktion des *ordre public* vgl. A. Bucher, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit*, S. 189 ff. ind 126, wobei sich in unserem Zusammenhang die Durchgangsfunktion des *ordre public* bereits zu einem normativ erfassten Rechtsanwendungsinteresses (*lois d'application immédiate*) verdichtet hat. Vgl. auch eingehend darüber A. Schnyder, S. 196 ff.

Bei der Analyse der ausländischen public policy-Gesetze, die die objektive Schiedsfähigkeit ausschliessen, stellt man nämlich fest, dass die ratio legis dieser Ausschlussvorschriften (meistens in der Form zwingender Gerichtsstandsbestimmungen) darin besteht, die Anwendung des diesen Gesetzen zugrundeliegenden Rechts zu sichern (vgl. hierzu das belgische Schutzgesetz, das italienische Arbeitsgesetz, der amerikanische Securities Exchange Act, der amerikanische Automobile Dealer's Act), wofür nur staatliche Gerichte des betreffenden Landes ausreichende Gewähr bieten. Meistens ist den betreffenden Staaten diese Rechtsanwendungsgarantie fast wichtiger als der kategorische Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit.

Die angesprochene Fragestellung ist im Hinblick auf all jene potentiellen Vollstreckungsstaaten, welche in internationalen Vollstreckungsfällen nicht eine liberalere Haltung einnehmen (vgl. die unter III. hiervoor dargelegten Tendenzen), äusserst komplex, denn auf dieser zweiten Stufe gelangt man in den allgemeinen Problembereich des Umfangs der für die Hauptsache geltenden kollisionsrechtlichen Verweisung (Nichtanwendung des an sich zuständigen fremden Sachrechts mittels der Vorbehaltsklausel) bzw. der Sonderanknüpfung von Drittstaatsnormen (in casu Vollstreckungsstaat, soweit jenes Recht nicht Hauptvertragsstatut ist), welche im Einzelfall Geltung beanspruchen und so die an sich zuständige lex causae in bestimmten Fragen verdrängen wollen<sup>34)</sup>.

34) Vgl. im einzelnen die umfassende und sorgfältige Darstellung des Meinungsstandes bei A. Schnyder, S. 212-233, sowie Zitate in FN 30 hiervoor.

Im Unterschied zu staatlichen Richtern scheinen Schiedsrichter eines internationalen Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz m.E. unter dem Aspekt der Vollstreckbarkeit gegenüber den Parteien eine erhöhte Verantwortlichkeit bezüglich dieser schwierigen Rechtsanwendungsfragen zu tragen, was u.a. auch daraus herrührt, dass internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz aus prozessrechtlicher Sicht ohne irgendwelche Binnenbeziehung zur Schweiz vereinbart werden können. Demgegenüber setzt die Prorogation an ein schweizerisches staatliches Gericht regelmässig einen prozessrechtlichen definierten Gerichtsstand voraus, welcher auf einer gewissen Binnenbeziehung aufbaut (z.B. Wohnsitz einer Partei in der Schweiz, Vermögenslage, Arrest, etc.)<sup>35)</sup>. Infolge dieser Binnenbeziehung ist in vielen Fällen faktisch auch die Möglichkeit einer allfällig notwendig werdenden Vollstreckung in der Schweiz verbunden, womit staatliche Richter in internationalen Fällen über die Berücksichtigung spezifischer Parteiinteressen im Hinblick auf die Vollstreckung entbunden werden.

Wie aber sollen die Schiedsrichter praktisch vorgehen? Man wird generell festhalten können, dass sich die Schiedsrichter aus Gründen der Rechtssicherheit ausschliesslich am Parteiwillen zu orientieren haben. Zu einer 'mixed-law-application' dürfen die Schiedsrichter nur dann schreiben, wenn sie von den Parteien dazu ermächtigt werden, was während des Schiedsverfahrens geschehen kann, oder, falls

35) Vgl. z.B. § 11 Abs. 2 ZPO ZH, welcher das erwähnte Zürcher Gericht nur in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen zur Annahme der Prorogation verpflichtet. Sträuli/Messmer § 11 N 25.

die Parteien unter diesem Gesichtspunkt im voraus Wert auf die Vollstreckbarkeit legen, zweckmässigerweise bereits in der Schiedsvereinbarung oder im Schiedsrichtervertrag stipuliert werden kann. Die absolute Bindung an den Parteiwillen muss vor allem bei Vorliegen einer Rechtswahl für die Beurteilung des materiellen Rechtsverhältnisses gelten.

Bei der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in der Schweiz führt die entwickelte Kollisionsnorm für die objektive Schiedsfähigkeit ebenfalls zur Einfachanknüpfung an die *lex fori*. Dasselbe muss auch für alle anderen Verfahrensstadien gelten. Selbstverständlich bleibt die Vorbehaltsklausel des *ordre public* bei der Akzeption ausländischer Schiedsurteile in der Schweiz hinsichtlich des Inhalts des Urteils durch die Anknüpfung der Arbitrabilität unberührt, was bereits bei der Besprechung der französischen Praxis festgestellt wurde.

#### V. Materielles Sonderrecht oder Kollisionsnorm?

Die Expertenkommission für den Entwurf zum IPR-Gesetz hat sich in Art. 170 Abs. 1 IPR-Entwurf mit der Arbitrabilität im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit befasst.

Danach kann "Gegenstand eines Schiedsverfahrens jeder vermögensrechtliche Anspruch sein". Mit dieser sog. *règle de droit international privé matériel* hat sich die Kommission von der Lösung mit Hilfe einer Kollisionsnorm losgesagt.

Im Vordergrund der Ueberlegungen der Kommission stand die Rücksichtnahme auf die Voraussehbarkeit der Vollstreckung<sup>36)</sup>.

Im Schlussbericht führt die Kommission aus:

"Die Kommission hat die verschiedenen Möglichkeiten einer kollisionsrechtlichen Regelung (gewähltes Recht, Sitzrecht einer oder beider Parteien, *lex fori*) geprüft und festgestellt, dass auf diesem Weg eine überzeugende Lösung kaum möglich ist. Insbesondere würde der Verweis auf das von den Parteien gewählte Recht nicht genügen, kann doch bei Fehlen einer Rechtswahl auf die objektive Anknüpfung nicht verzichtet werden. Von den objektiv anwendbaren Rechten ist an sich jedes geeignet, in bezug auf das Urteilsverfahren Klarheit zu schaffen. Um aber auch im Hinblick auf die Vollstreckung eine gewisse Voraussehbarkeit zu erzielen, wäre die kumulative Rücksichtnahme auf das gewählte Recht sowie das Sitzrecht der Parteien und des Schiedsgerichts als den normalerweise am stärksten interessierten Rechtsordnungen unvermeidlich. Da aber der Ort der Vollstreckbarkeit zum voraus nie mit Sicherheit feststeht, lässt sich selbst bei strengster Kumulation nicht vermeiden, dass einem Schiedsspruch letztlich dennoch fehlende Arbitrabilität entgegengehalten wird. Jedenfalls scheint der Kommission die Voraussehbarkeit, die sich für das Vollstreckungsverfahren gewinnen lässt, zu gering, um die übermässige Einschränkung, die dem Urteilsverfahren aus der Kumulation erwächst, in Kauf zu nehmen. Die Kommission hat sich deshalb für eine materielle Regelung entschieden. Dabei war sie sich bewusst, dass in der Schweiz möglicherweise Schiedssprüche ergehen können, die nicht in allen interessierten Staaten vollstreckbar sind. Doch glaubt sie, gleich wie bei staatlichen Entscheidungen sei es auch im Schiedsgerichtswesen Sache der Parteien, ein solches Risiko abzuwägen." 37)

Von mehr dogmatischem als praktischem Interesse ist nun die Frage, wie eine solche materielle Sondernorm einzuordnen ist. Klar scheint mir zunächst die Zugehörigkeit materiellen Sonderrechts zum IPR, was sich aus der Konzeption solcher Normen für internationale Sachverhalte ergibt. Unentbehrlich scheint sodann der (meist versteckte) Anwendungsbefehl durch eine Kollisionsnorm der *lex fori* zu sein. Solche Sachnormen besitzen selbst die Begrenzung ihres Anwendungsbereichs, womit ihnen die hinweisende Kollisionsnorm

36) Botschaft, S. 198; Schlussbericht der Expertenkommission S. 295.

37) Schlussbericht der Expertenkommission, S. 294/5.

der lex fori immanent ist<sup>38)</sup> (règle dépendente).

Fraglich erscheint schliesslich, worin die Rechtfertigung liegen kann, grenzüberschreitende Sachverhalte durch den Erlass unmittelbar anwendbarer, spezifischer Sachnormen zu erfassen. Bezüglich der Arbitrabilität ergibt sich aus der Qualifikation der objektiven Schiedsfähigkeit ihre Zugehörigkeit zu jener in der Literatur gebildeten Fallgruppe von Sondervorschriften für Sachverhalte mit Auslandsbeziehung, "die grundsätzlich auf einer auf eine bestimmte Rechtsordnung beschränkte Motivation beruhen und der Quelle nach dem staatlichen Recht angehören"<sup>39)</sup>.

Der ordre public-Charakter der objektiven Schiedsfähigkeit im vorne umschriebenen Sinn legt, wie bereits a.a.O. gefolgert wurde, kollisionsrechtlich die ausschliessliche Verweisung auf die lex fori nahe. Innerhalb der lex fori eine materielle Sonderanknüpfung für internationale Fälle zu schaffen, zeugt von differenzierter Gesetzgebung, indem der sachliche Unterschied zwischen der innerstaatlichen und der internationalen Problemstellung gesetzlich auseinandergehalten wird. Der spezifische Regelungsunterschied besteht nun im vorliegenden Zusammenhang in der unterschiedlichen Binnenbeziehung und, daraus resultierend, im unterschiedlichen Rechtsanwendungsinteresse der Schweiz an der objektiven Schiedsfähigkeit bei internationalen Fallkonstellationen.

38) Vgl. auch schon vorne S. 69/70 sowie die Literaturhinweise in FN 46.

39) A. Bucher, Grundfragen, S. 58

Der Wortlaut der materiellen Regel im IPK-Entwurf unterscheidet sich denn auch wesentlich von den Voraussetzungen für die innerstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit. Die Kommission hat in Anbetracht der Internationalität der zu regelnden Frage bewusst Abstand von der Umschreibung der objektiven Schiedsfähigkeit in Art. 5 Konkordat genommen, wonach Gegenstand eines Schiedsverfahrens jeder Anspruch sein kann, "welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt, sofern nicht ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist". Die Kommission führt zu Recht aus, dass "mit den 'frei verfügbaren Ansprüchen', den 'zwingenden' Gesetzesbestimmungen und der 'ausschliesslichen' Zuständigkeit enthält diese Bestimmung drei unbestimmt Rechtsbegriffe und erreicht damit einen Unbestimmtheitsgrad, der die Grenze des im internationalen Schiedsgerichtswesen noch zulässigen übersteigt<sup>40)</sup>". Auch wird darauf hingewiesen, dass Bestimmungen, die im innerstaatlichen Verhältnis zwingend scheinen, es im internationalen Verhältnis nicht auch sein müssen.

Mit der Umschreibung "jeder vermögensrechtliche Anspruch" könne Gegenstand eines internationalen Schiedsverfahrens in der Schweiz bilden, wird zudem eine wünschenswerte Uebereinstimmung mit Art. 5 IPR-Entwurf (Gerichtsstandsprorogation) erreicht. Gesamthaft betrachtet stellt Art. 170 Abs. 1 IPR-Entwurf sowohl aus dogmatischen, als auch aus praktischen Gründen eine vorbildliche Regelung der objektiven Schiedsfähigkeit dar.

40) Schlussbericht, S. 295.

Die Regel wird über das Urteilsverfahren hinaus auch für die Akzeptation ausländischer Schiedssprüche Anwendung finden (Art. 180 IPR-Entwurf in Verbindung mit Art. V Ziff. 2 lit. a NYU), womit die objektive Schiedsfähigkeit aus schweizerischer Sicht eine kalkulierbare Grösse in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wird. Freilich wird man diese Norm an ihrer Anwendung, dem judizierten Richterrecht, messen!

\* \* \* \* \*

## NACHTRAG

Seit Fertigstellung der Arbeit sind einige Literaturbeiträge zum bearbeiteten Thema erschienen. Auf eine Auswahl daraus soll im folgenden kurz eingegangen werden:

### 1. Zum Verhältnis ordre public und objektive Schiedsfähigkeit (5. Kapitel, II.)

---

#### a) Die Schiedsfähigkeit von Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Agenten und seinem Prinzipal in Saudi Arabien<sup>41)</sup>

Seit Jahren haben international tätige Unternehmen enorme Geschäftsvolumen in Saudi Arabien realisiert. Von grosser Bedeutung ist dabei u.a., dass ausländische Produzenten den Vertrieb ihrer Waren und Anlagen über einen sog. Commercial Agent in Saudi Arabien abwickeln müssen<sup>42)</sup>. Darüber hinaus muss der ausländische Unternehmer bei der Erfüllung eines Vertrages mit der öffentlichen Hand zwingend die Dienste eines sog. Service Agent in Anspruch nehmen<sup>43)</sup>.

Von besonderem Interesse sind nun im vorliegenden Zusammenhang zwei Rechtstatsachen in der vollumfänglich vom islamischen Recht (sharia) durchdrungenen Rechtsordnung Saudi Arabiens, die aber durchaus in kontinentaleuropäischen Rechtskategorien fassbar sind:

41) Vgl. dazu A. Nerz in RIW 1985, S. 465 ff.

42) Geregelt sind die Beziehungen zwischen Commercial Agent und ausländischem Produzenten in Commercial Agencies Regulation, Royal Decree No. M/32 (10.8.1400 A.H.).

43) Vgl. dazu Royal Decree No. M/2 (21.1.1398 A.H./17.1.1978 A.D.).

aa) Umschreibung der Arbitrabilität

Im Koran selbst finden sich mehrere Stellen, welche sich ausdrücklich auf die Schiedsgerichtsbarkeit beziehen<sup>44)</sup>. Nach der Lehre der Hanbali-Rechtsschule, welche in Saudi Arabien zwingend die Anwendung islamischen Rechts vorschreibt sowie nach Art. 2 Satz 1 der Schiedsverordnung Saudi Arabiens<sup>45)</sup> ist "ein Schiedsverfahren in Fragen, in denen ein Vergleich nicht abgeschlossen werden kann<sup>46)</sup>, unzulässig." Danach sind also Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Agenten und seinem Prinzipal zweifellos schiedsfähig.

bb) Einschränkungen der Arbitrabilität

Trotz der an sich klaren Rechtslage, ist in den letzten Jahren eine Zurückhaltung der saudi-arabischen öffentlichen Hand gegenüber dem Schiedsgerichtswesen festzustellen<sup>47)</sup>. Auf dem Wege von Musterformularverträgen hat das Handelsministerium unlängst interne Dienstanweisungen an untergeordnete Vollzugsbehörden gegeben, Streitigkeiten ausschliesslich der staatlichen Commission for the Settlement of Commercial

44) Vgl. dazu Nerz in RIW 1985 S. 465 sowie derselbe in RIW 1983, S. 811 über die Vollstreckbarkeit ausländischer Schiedssprüche in Saudi Arabien.

45) Royal Decree No. M/46 (12.7.1403 A.H.).

46) Dies entspricht im wesentlichen den "nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen" unseres Rechtsverständnisses.

47) Zur historischen Begründung dieser Skepsis vgl. v.a. die Aramco Entscheidung von 1958 (Genfer Schiedsgericht) Zit. bei Schlosser I, RZ 150.

Disputes zu übertragen<sup>48)</sup>. Generell bestimmt Art. 3 der saudischen Schiedsverordnung, dass die öffentliche Hand keine Schiedsvereinbarungen treffen darf. Gerade aber diese Einschränkungsbemühungen weisen ihrer Motivation nach eine Parallelität zu den im 5. Kapitel festgestellten Tendenzen auf: Schutz öffentlicher (hier haushaltspolitischer) Interessen. Art. 8 der Service Agent Verordnung bestimmt nämlich, dass ein saudischer Service Agent vom ausländischen Unternehmen nicht mehr als 5% Kommission vom Auftragsvolumen beanspruchen darf. Zweifellos hat nun die saudiarabische öffentliche Hand ein vitales Interesse daran, dass diese Bestimmung eingehalten wird, da naturgemäss höhere Provisionen die von der öffentlichen Hand zu vergebenden Aufträge entsprechend ansteigen lassen - ein klassischer, wenn auch leicht erfassbarer und einfach strukturierter ordre public-Vorbehalt!

b) Die Schiedsfähigkeit im Recht des Handelsvertreters in Kuwait<sup>49)</sup>

---

Europäischen Mustern entsprechend haben verschiedene Schutzbestimmungen zugunsten des Handelsvertreters Eingang ins "Neue Handelsgesetzbuch von Kuwait" vom 25.2.1981 gefunden, welche sowohl von ihrer Konzeption als auch von ihrer rigorosen Anwendung in der

48) Vgl. dazu MEED (Middle East Economic Digest) 27.4.1984, S. 56.

49) Vgl. zum Recht des Handelsvertreters in Kuwait allgemein A. Matthias, in RIW 1985, S. 283 ff.

Praxis her gesehen als Ausfluss des lokalen ordre public zu verstehen sind. Eine solche Bestimmung beschlägt die Frage der Jurisdiktion. Das ebenfalls revidierte Zivil- und Handelsprozessgesetz begründet in den Art. 23 und 24 ausschliessliche und zwingende Zuständigkeiten kuwaitischer staatlicher Gerichte, was für Klagen aus Handelsvertretungsverträgen die objektive Schiedsfähigkeit ausschliesst.

## 2. Zur Rechtsnatur der privaten Schiedsgerichtsbarkeit (3. Kapitel)

Bedauerlicherweise hat die alte dogmatische Kontroverse über die Rechtsnatur der privaten Schiedsgerichtsbarkeit und deren Folgen für die bundesstaatliche Ausscheidung der Gesetzgebungskompetenz im Ständerat am 13.3.1985 gegen den Antrag seiner vorberatenden Kommission zum Beschluss geführt, das Kapitel über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht zu streichen<sup>50)</sup>. Nachdem für die interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz nach dem Beitritt Zürichs per 1. Juli 1985 zum interkantonalen Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März/27. August 1969 eine echte Harmonisierung in der Schweiz geschaffen worden ist, ist nicht einzusehen, was schon aus

50) Vgl. dazu T. Burckhardt, Zum gegenwärtigen Stand der Revision des Rechts der internationalen Schiedsgerichte in SJZ 1985, S. 297 ff.

rein praktischen Gründen gegen eine Harmonisierung für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz spricht.

---

## L E B E N S L A U F

Ich wurde am 14.10.1956 in St. Gallen geboren. Aufgewachsen bin ich in Felsberg bei Chur. Bürger von Bertschikon/ZH, wohnhaft in Wettingen/AG. Ich bin verheiratet und habe 2 Kinder.

Die Primar- und Sekundarschule absolvierte ich in Felsberg, die Mittelschule in Chur, wo ich am 1. Juli 1976 die Handelsmatura erwarb.

Nach Militärdienstleistungen begann ich im WS 1977/78 das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich, wo ich am 15. Juli 1982 mit dem Lizenziat abschloss.

Vom 1.9.1982 - 31.12.1983 war ich als Assistent für Internationales Privatrecht und Obligationenrecht bei Prof. Dr. A. Heini am rechtswissenschaftlichen Seminar der Uni Zürich tätig. Daneben habe ich meine Dissertation geschrieben. Am 28.5.1986 habe ich das Doktorat erworben.

Seit 15.1.1984 arbeite ich bei BBC Aktiengesellschaft Brown, Boveri & Cie. in Baden, wo ich bis zum 1.3.1985 im Konzernstab Recht als Rechtskonsulent tätig war und seither die Kommerzabteilung eines Geschäftsbereiches leite.





